

الكتب القانونية

قانون السب والإهانة الإسلام

دراسة مختارة

دكتور
محمد طه القتيبي

دكتوراه في الفقه من جامعة القاهرة
دكتوراه الفلسفة من جامعة لندن
أستاذ القانون الدولي العام جامعة الإسكندرية
مستشار بالأمر المحمدية
مهام لدى هيئة التقاضي

الناشر // مستشار
بالاسكندرية

جلال حمزي وشركاه

قانون السب الإلهي الإسلام دراسة مقارنة

دكتور
محمد طلعت القنمى

دكتوراه في الفقه من جامعة القاهرة
دكتوراه الفلسفة من جامعة لندن
أستاذ القانون الدولي العام، جامعة الإسكندرية
سنتار بالأمم المتحدة
مهام لدى محكمة القضاء

الناشر // مكتبة
جلال حزي وشركاه
الإسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

اهداء

إلى المقام النبوي الشريف
وقد حدث صاحبه بأن : « العلماء هم ورثة الأنبياء » .

	الموضوع
١٣ — ٣٦	مخطبة الكتاب
	الباب الأول
٣٧	في مدخل إلى الدراسة
	الفصل الأول :
٣٩	في السلام والإسلام
	(مقدمة — الجهاد نظرية الإسلام في الحرب للقائمة — عيول لله مصرجة :
٣٩ — ٦٢	الحرب في حق لديه شريعة — يهدون بالحق وبه يعدلون) .
	الفصل الثاني :
	في التنظيم الدولي الراهن لدار الإسلام (الفقه التقليدي — العالم
٦٣ — ٦٧	داران : إسلام وحرب — الفقه التقليدي : نقد وتعليق) .
	أ — مبحث تمهيدى : في المؤتمرات (كلمة تمهيدية —
	المؤتمرات الإسلامية فيما بين الحربين العالميتين : مؤتمرات
٦٧ — ٧٦	القمة — مؤتمرات وزراء الخارجية)
	ب — المبحث الأول : في المنظمات الدولية الإسلامية
	الحكومية : (المؤتمر الإسلامى — جامعة إسلامية لنشر
٧٦ — ٨٨	الدعوة في ربوع أفريقيا) .
	ج — المبحث الثاني : في المنظمات غير الحكومية : (رابطة
	العالم الإسلامى — الأمانة العامة للمجلس الاقتصادى
	للمساجد — مجلس مجمع الفقه الإسلامى — الندوة
	العالمية للشباب الإسلامى — جمعية الدعوة
	الإسلامية — مؤتمر العالم الإسلامى — الهيئة الخيرية
٨٨ — ٩٢	الإسلامية العالمية) .

الصفة

الفصل الثالث :

في التعريف بقانون الاسلام الإسلامى وجوهر القاعدة القانونية

٩٣

الإسلامية -

١٠٥ - ٩٣

١ - تعريف القانون الدولى الإسلامى .

١١٢ - ١٠٥

٢ - جوهر القاعدة القانونية الإسلامية .

الفصل الرابع :

في أصول قانون الإسلام الإسلامى

١١٣

١١٥ - ١١٣

أ - (مبحث تمهيدى : كلمة أولية : تحديد وتعريف)

١٢٦

ب - المبحث الأول : في مصادر قانون السلام :

(تحديد معنى المصطلحات - القرآن والسنة مصدران

١١٩ - ١٢٠

متعادلان من حيث الحجية)

١٢٠

ج - المبحث الثانى : في مصادر قانون السلام الإسلامى

١٢٠

١ - الفرع الأول : في القرآن الكريم

(القرآن كمقننة قانونية - النسخ في القرآن

الكريم - الإنشاء والنزغ - فذلكة - تصنيف

١٣٩ - ١٢٠

الأحكام)

١٤٠

٢ - الفرع الثانى : في الحديث (السنة)

(الحديث كنص في الأحكام - حجية

١٤٩ - ١٤٠

الحديث - اجتهاد الرسول)

٣ - فرع ملحق : في الإجماع

١٥٠

(تعريف وتحديد - نظرة مؤيدى الإجماع تأييداً

مطلقاً - نظرة منكرى الإجماع - نظرة من

توسط فلم ينكر كلية ولم يثبت كلية - رأى

١٦١ - ١٥٠

الخاص)

الصفحة	
	د — المبحث الثالث : في أدلة قانون السلام الإسلامي
١٦٢	١ — فرع تمهيدى : (تعداد الأدلة — المبادئ
١٧٢ — ١٦٢	(العامة — صور الاجتهاد — عود على بدء) .
١٧٣	٢ — الفرع الأول : في الاجتهاد الفقهي
	(الاجتهاد : كلمة عامة — شروط الاجتهاد —
	المجتهدون المنتسبون ، المجتهدون في المذهب ،
	المجتهدون المرجحون — إغلاق باب الاجتهاد — تدوين
	الفقه الاجتهادى — صورة خاصة من الاجتهاد :-
	اجتهاد الصحابة) .
١٩١ — ١٧٣	٣ — الفرع الثانى : في الاجتهاد القضائى : القضاء فى
١٩٣	الإسلام .
	(تعريف وتحديد — انقضاء دليل — على
	الاحكام — شروط قبول القضاء — اختصاص
	سلطة القاضى — محكمة العدل الإسلامية
	الدولية — التحكيم فى النظرية الإسلامية —
٢٢٤ — ١٩٣	استطراد : الحيل فى الفقه الإسلامى) .
٢٢٥	٤ — الفرع الثالث : فى العرف
	(تعريف وتحديد — أقسام العرف — حجية
	العرف — العرف ليس دليلا أصليا — أحكام
	العرف — أركان العرف — العرف فى العلاقات
٢٤٧ — ٢٢٥	الدولية — استطراد : الأصل فى الأشياء) .

٢٥٩

مبحث ملحق :

فى النظرية الإسلامية والقانون الرومانى
(الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى — رأى الخاص — علم

الصفحة	
٢٨١ - ٢٨٩	أصول الفقه وضوابط الاجتهاد في الفقه الروماني - الفقه الروماني والفقه الإسلامي : رأيي الخاص - ثم ماذا ؟)
٢٨٣	المبحث الرابع :
٢٨٤ - ٢٨٣	في طرائق الاستنباط ، التفسير)
٢٨٥	(عهد)
	١ - الفرع الأول : في القياس
	(تعريف وتحديد - مسائل الملة - أنواع القياس - حجية القياس) .
٢٨٥ - ٢٩١	٢ - الفرع الثاني : في الاستحسان
٢٩٢ - ٢٩٤	(تحديد وتعريف - أقسام الاستحسان) .
٢٩٥	٣ - الفرع الثالث : في المصالح المرسل (الاستصلاح)
٢٩٥ - ٢٩٧	(تحديد وتعريف - حجية المصالح المرسل) .
٢٩٨	٤ - الفرع الرابع : في الذرائع
٢٩٨ - ٣٠٠	(تحديد وتعريف - حجية الذرائع)
٣٠١	٥ - الفرع الخامس : في الاستصحاب
٣٠١ - ٣٠٦	(تحديد وتعريف - أنواع الاستصحاب - حجية الاستصحاب) .
٣٠٨ - ٣٠٠	استطراد : علاقة الضرورة بضوابط الاستنباط

الباب الثاني

في العلاقات الدولية الإسلامية

٣٠٩

الفصل الأول :

٣١١

في أشخاص القانون الدولي

٣١١

١ - المبحث الأول - في الشخصية القانونية :

(الشخص القانوني في النظرية المعاصرة - الشخصية

٣١١ - ٣١٨

المعنوية والنظرية الإسلامية) .

الصفحة	
٣١٩	٢ — المبحث الثاني : في مدرك الدولة في النظرية الإسلامية
٣٢١ — ٣١٩	(بصدير)
٣٢٢	٣ — الفرع الأول : في عاصر الدولة في النظرية الإسلامية
	(دهليز إلى البحث — العنصر المادى : الإقليم —
	العنصر القانونى : السلطة : سيادة أم حاكمية — العنصر
	الاجتماعى : الشعب . ممن يتكون شعب الدولة
٣٦٣ — ٣٢٢	الإسلامية — الاعتراف والإقرار) .
٣٦٤	ب — الفرع الثانى : في الحقوق الدولية
	(الحق لغة واصطلاحاً — الحقوق الأساسية — القانون
	الإنسانى والقانون الإنسانى في المفهوم الإسلامى —
	الحقوق الأساسية للدولة : حق البقاء ، حق المساواة —
	الحقوق والحريات الأساسية للأفراد والجماعات ، القانون
	الإنسانى) ، قتال أهل الردة ، قتال أهل الكفر
	والخوارج — القانون الإنسانى : حقوق الإنسان —
	حقوق الأقليات : نظرية الذمة : تحديد وتعريف ، سنة
	الرسول تنص ، بعد الرسول : الخلافة الراشدة ، إمام
	عقد الذمة ، اختفاء نظام الذمة — رأى الخاص :
	مواطنون متمساكون — وثيقة حقوق الإنسان في
٤٥٥ — ٣٦٤	الإسلام .

الفصل الثانى :

٤٥٧	في الاجتهاد السلطانى (المعاهدات)
	(المعاهدات لغة وفقها — معاهدات العرب في جاهليتهم —
	معاهدات العرب في إسلامهم — هل الأمان معاهدة ؟ طبيعة
	المعاهدات — الاختصاص بإبرام المعاهدات — شروط إبرام
	المعاهدات : الشروط الشكلية ، الشروط الموضوعية — مدة
	المعاهدة — عدم مخالفة المعاهدة — عدم النظام العام

الصفحة

الإسلامي — الرهائن — التحفظات على المعاهدة — القوة
الملزمة للمعاهدة بالنسبة لأطرافها — تنقيح المعاهدة — تغير
الأوضاع — القوة الملزمة للمعاهدة بالنسبة لغير أطرافها —
انقضاء المعاهدة — فذلكة — تقويم الدور الذي تؤديه المعاهدة
في العلاقات الدولية)

٥٧١ — ٤٥٧

النصل الثالث :

٥٧٣ في نظام الحضرتين (النظام الدبلوماسي) والنظام القنصلي
٥٧٣ المبحث الأول :

في نظام الحضرتين (النظام الدبلوماسي)

(تعريف وتحديد — رجعة إلى الوراء — تطور نظام الحضرتين
في النحلة الإسلامية — السفارة في الإسلام : ضرورة أم
خيار ؟ — الأساس الفلسفي لنظام الحضرتين — مراتب ممثلي
الحضرتين — تعيين واستقبال ممثلي الحضرتين — من هم
أصحاب الحصانات والامتيازات — نطاق الحصانات
والامتيازات — الحصانة الشخصية — الحصانة المدنية
والإدارية — الحصانة الجنائية — الحصانة العينية — الامتيازات
المالية — أمد حصانة الحضرتين — قطع تبادل تمثيل
الحضرتين — قطع العلاقات الدبلوماسية — استطراد : الوفاة
'خاصة') .

٥٧٣ — ٦٣٣

المبحث الثاني :

٦٣٥

في النظام القنصلي .

٦٣٥ — ٦٤٦

ر تمهيد — النظام القنصلي في النظرية الإسلامية) .

الفصل الرابع :

٦٤٧

في الضمان والاختلاف الدولي

٦٤٧

المبحث الأول : في الضمان (المستلزم)

(عجلة عن المسؤولية في الفقه الوضع . المسؤولية الخطئية ،

الصفحة	المستثنى الموضوعية . لفعل غير المتروك . بصرية المخاطر ،
٦٤٧ — ٦٧١	الضمان في النظرية الإسلامية : عرض عام — أسباب
٦٧١	الضمان — أقسام الضمان — الفرق بين ضمان العقد وضمان
	الفعل : ضمان العقد « المسؤولية العقدية » — ضمان الفعل
	« المسؤولية التقصيرية » — فذلكة — استطراد — خاتمة :
	مقارنة خاطفة) .
	المبحث الثاني : في الاستخلاف الدولي
	(تعريف وتحديد : النظرية المعاصرة — الاستخلاف الدولي
٦٧٥ — ٦٧١	في النظرية الإسلامية) .
	الباب الثالث
٦٧٧	في الأموال الدولية
	الفصل الأول :
٦٧٩	في الأنهار الدولية
	(تمهيد وتحديد — مقدمة — النهر الدولي في النظرية
	الإسلامية — النظام القانوني للأنهار الدولية : بالنسبة
	للملاحة ، الاستخدامات الاقتصادية الأخرى غير الملاحة —
٦٧٩ — ٦٩٨	صورة خاصة لاستخدام الأنهار الدولية : الأنهار المنفورة)
٦٩٨	فرع ملحق : في المياه الجوفية في الآبار والعيون
٦٩٨ — ٧٠٩	(تمهيد وتحديد — ماذا يقول المسلمون)
	الفصل الثاني :
٧١٠	في أحكام البحر
٧١٠	مبحث تمهيدى : في أفكار عامة
	(البحر في لغة العصر — البحر في النظرية الإسلامية —
٧١٠ — ٧٢٠	تعريف وتحديد — أقسام البحر في النظرية الإسلامية)
٧٢١	المبحث الأول . في البحر الحريم (الساحلى)

١١ صفحة

- (تعريف وتحديد — امتداد البحر الحريم — طبيعة حق الدول على البحر الحريم — سلطات المرور في البحر الحريم — حق المرور البريء ، اختصاص الدولة بحال السفن الأجنبية في البحر الحريم — الملاحقة الحثيثة أو المتواصلة) .
- ٧٢١ — ٧٣٩
- ٧٣٩
- المبحث الثاني : في المنطقة أحجاز (المنطقة المتاخمة)
- (المنطقة المتاخمة في النظرية المعاصرة — المنطقة الأحجاز في النظرية الإسلامية) .
- ٧٣٩ — ٧٤١
- ٧٤١
- المبحث الثالث : في البحر موقف (منطقة الاقتصادية)
- (دهلير إلى البحث — حقوق الدول في المنطقة الاقتصادية : النظرة الغربية — حقوق الدول في البحر الموقف : النظرية الإسلامية) .
- ٧٤١ — ٧٥١
- ٧٥١
- المبحث الرابع : في الإفريز لقارى : (التحجير)
- (الإفريز القارى في المفهوم المعاصر — الإفريز القارى في المفهوم الإسلامى) .
- ٧٥١ — ٧٥٧
- ٧٥٧
- المبحث الخامس : في التروات والموارد البحرية في المنطقة الاقتصادية والإفريز للقارى (تمهيد)
- ٧٥٨
- الفرع الأول : التروات البحرية الحية
- (مفهوم الثروة الحية في النظرية المعاصرة والنظرية الإسلامية — حق الدولة في الثروة البحرية في النظريتين المعاصرة والإسلامية — حفظ الموارد الحية — الانتفاع بالموارد الحية — الأرصد — الأنواع الكثيرة الانحلال — الثدييات البحرية — الأنواع البحرية الهريئة السراء — الأنواع النهرية البحرية السراء — القيود المتصلة بالحقوق — تعيد قوانين وأنظمة الدولة الساحلية) .
- ٧٥٨ — ٧٧٠
- ٧٧٠
- الفرع الثاني : في الموارد بحرية غير الحية
- (مفهوم الموارد غير الحية : نظرية المعاصرة — مفهوم لوارد

الصفحة

- غير الحية في النظرية الإسلامية — حكم الموارد غير الحية في النظرية المعاصرة — حكم الموارد غير الحية في النظرية الإسلامية — الموارد البحرية السائلة : النظرية المعاصرة — النظرية الإسلامية (٧٧٩ — ٧٧٠)
- المبحث السابع : في التراث المشترك (إقطاع استغلال المعادن) (٧٨٠)
- (التراث المشترك في الفكر المعاصر : كلمة عاجلة — قطاع استغلال المعادن في النظرية الإسلامية) (٧٨٩ — ٧٨٠)
- المبحث السادس : في الأوقيانوس أو البحر المحيط (البحر العالي) (٧٨٩)
- (عجالة في أحكام البحر العالي في النظرية المعاصرة : تعريف وتحديد — البحر الأوقيانوس في النظرية الإسلامية : تعريف وتحديد : حرية الصيد — حق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش — القرصنة) (٧٨٩ — ٨١)
- الفصل الثالث : (٨١٣)
- في قانون الفضاء (تعريف وتحديد : الفضاء الجوي والفضاء الكوني في النظرية المعاصرة — الأحكام الخاصة بالطائرات في النظرية الدولية المعاصرة — حطف الطائرات : الغرب — خطف الطائرات : الإسلام — النشاط اللاسلكي في الفضاء — القمر والكواكب الأخرى — كلمة في الفضاء الكوني — الفضاء الجوي والكون في النظرية الإسلامية) (٨١٢ — ٨٢٩)
- باب ملحق . في تلوث البيئة (٨٣١)
١. دهليز إلى البحث . التلوث في النظرية المعاصرة — البيئة والتلوث في النظرية الإسلامية — حكم التلوث في النظرية الإسلامية : الماء ، الهواء ، النبات والحيوان — صورة خاصة من التلوث : مطر السوء (الحمضي) . (٨٣١ — ٨٤٢)

خطبة الكتاب

الحمد لله بكرة وعشياً ، جهرة ونجياً ، عسى ألا أكون بدعاء ربي شقياً .
والصلاة والسلام على من تلى بالخلق العظيم وبعث بأنه روءوف رحيم وبعث
بالحق وصراط مستقيم . أما بعد :

فإن قضايا المصير الإسلامي اليوم متعددة وملحة وتدور كلها حول غاية
واحدة هي إعادة هذه الأمة إلى دينها القويم لتجد في رحابه عزها العابرة
ومجدها الغارب . وتبرز من بين هذه القضايا قضية ذات بال تنغيا إحياء قانون
السلام واستنقاذه مما راد عليه من ضعف واستعجام . وتلك لعمر الحق قضية
خطيرة وبالاهتمام جديرة لأنها تمس وحدة الأمة الإسلامية وتمحور حولها
العلاقات الدولية ، وشواهد تاريخنا على ذلك جليلة . ولذا فإن استقصاءها
والدفاع عنها أمر تفرضه العقيدة ويزكيه الإيمان . وأغلب الظن عندى أن هذا
الاجتهاد هو الآن فرض عين على كل قادر لنندرة الباحثين وقلة الدارسين فما
أحوجنا إليه بعد أن لبث المسلمون تحت نير الاستعمار أحقاباً وكانت دارهم
للمعتدى مآباً يستلب ثرواتها برداً وشراباً ثم شاء الله أن يقيض لدار الإسلام
مفازاً جزاءً منه عطاءً حساباً . وكان لابد أن تواكب هذه الصحوه
الميمونة جهود مخلصه تزيل ماران على الجبين وتكشف زيف المنافقين وتثبت
بالقول الثابت خطى المؤمنين .

وليس عجباً أن يقطب الفكر الغربى جبينه عندما يطرق سمعه تعبير « قانون
السلام الإسلامى » لأن من بين ائمتهم من ينكر وجوده اصلاً . فهذا أحد
سراهم — ارثر نساوم — يصف القانون الإسلامى فى العلاقات الدولية
بالشع والغموض ولايستثنى من ذلك إلا بعض مظاهر الحرب (راجع
Nausbaum, Arthur- A Concise History of the Law of Nations, New York,
. 1965, p. 4)

ثم إن جهود أولئك الذين عوا بتصميمه من المحدثين إما تسبب بالعجز والتواكل لأنهم متشتتون في ترمت بتلايف فقة تقليدى تدفعهم إلى ذلك دعوة إلى قفل باب الاجتهاد . واحق أن فقهاء اللاهوت التقليديين رفضوا الإقرار بتعايش سلمى بين دولة الإسلام وعيرها من الدول غير الإسلامية واعتبر أن الجهاد هو ركيزة الإسلام لاحتواء دار المخالفين ونشر أحكام الدين فضيقوا بذلك من مفهوم القانون الدولى الإسلامى وأغفلوا عالمية قصيته . وإذن فقانونو السلام الإسلامى لا يواكب القانون المعاصر نطاقاً واشخاصاً ، ومادم أن الحضارة الإسلامية قد دالت أيامها فإن القانون الإسلامى أصبح بين حيارين : أن يزوى . فلا يملك خطأناً أو أن يساير موكب الجماعة الدولية تابعلاً علابا .

والحق أن الفقه التقليدى — الذى تلورت أفكاره في القرون الثاى الهجرى وبعد سيطرة الدولة الأتورية — اش بمفاهيم اعزل بعضها عن الواقع ولم يتصل بما هو جار . فير مثلاً خمس لرحمة العالم الإسلامى تحت إمامة واحدة واعتبر أن الفترة تنق لعصا الطاعة وسير على غير طريقتى الجماعة ، يقول ذلك وقت أن كانت إمامة الأندلس تعاصر إمامة بغداد والإمامتان تكتبان في تاريخ الإسلام مساحات زاهية بأقلام من نور . ويتركنا هذا الفقه في حيرة أى الأمامين هو الذى سلك غير سبيل المزمين . ويتصل بذلك تقسيم العالم إلى دارين : إسلام وحرب . ويتجاهل أن العلاقات الإسلامية الدولية عرفت مع تبلور الفقه التقليدى بتساقطاً مشتركاً حكمت فيه الدولة الإسلامية معاملة مع يزنطة خزيرة قبرص لفترة غير قصيرة .

ويقول ايضا إن معاهدة المسلمين مع التحالفين يجب ألا تتجاوز احلاً محدوداً استناداً إلى الأحل الذى ضربه الرسول لمعاهدة الحديبية ولا يأخذ في الاعتبار أن معاهدة الحديبية كانت هدنة بين الإسلام والكفر وأن هدنة كهذه ماكان لها أن تبرم إلا لأحل محدد بل ومحدد حداً ومن ثم فهي مقيس لايقاس عليه ، ولانسى أن بنى امية أبرموا معاهدات مع بيزنطة لأحل غير محدود ولكن ظروف ذلك لم تؤخذ بعين الاعتبار الكافى من قبل . قال والتتبعيد .

وكان موقف الفقه التقليدى من أهل الكتاب — أو الدميى كما أسماهم — على غير ما يستفاد من السوانق فى عهد الرسول والخلافة الراشدة . وإن كانت هناك فوارق جرتية فذلك أمر طبيعى لأن حقوق الإنسان قد تختلف فى بعض التفاصيل بين فئة وفئة سعيًا لتنظيم أفضل ولكن تبقى الإنسانية هى الإنسانية ويفتق منها الرسول موقف التبجيل والاحترام لأنها نفحة من روح الله سحبت لها الملائكة . وحرى بالذكر أن بنى قينقاع وقفوا إلى جانب الرسول فى معركة خيبر وأن قبائل تغلب وتنوح وبكر — وكلها قبائل مسيحية — أملت مع المسلمين بلاء حسنًا فى حروبهم وسررت فروسيتها فى غزو فارس . ومن أهل الكتاب من تولى البطائف العامة فى عهد الخلافة الراشدة مثل ابن زييد المذرى فى عهد عمر ، وحاكم خراسان فى عهد على بن أبى طالب . وليس أهل الكتاب بسجس لأن طعامهم وساءهم حل لنا . ويطول فى المقام لو أنى أردت الأفاضة فى الكلام ، ومعالجة ذلك فى الحقيقة هو لب هذا البحث وجوهر هذه الدراسة .

إن هذه الهوة بين النظر والواقع تعود فى أغلب الظن إلى طبيعة فكر الأوائل الذين أرسوا أسس الفقه التقليدى فهم لاهوتيون يغلب على حدلهم منطق العبادات أكثر منه حكمة المعاملات . وقد نسى الناس فى خضم هذه العنحية الفقهية أن رقعة الإسلام تجاوزت حدود الفتوحات بمساحات ومساحات والفضل فى ذلك يرجع إلى الأسوة الحسنة التى ضربها التجار المسلمون لشعوب تلك المناطق فكانت القدوة التى حثهم على اعتناق الدين الخيف .

إننى لا أبغى من وراء قولى هذا أن اتهم الفقه التقليدى الذى أقر بأنه نموذج عبقرى للفكر القانونى ولا أن أقلل من شأن أصحابه وهم جهابذة أفذاذ ، وإنما رغبت فى أن أوضح فى عجالة تؤكد لها هذه الرسالة أن ماسبق من نظريات فقهية لا يعلو على الجدل ولا يتسامى دون التعليق فالعصمة لله وحده . وحرام علينا أن نضفى على رأى بشر قدسية أو أن نقر له بديمومة الصلاحية التى هى خصيصة للشريعة الغراء وحدها .

وطبيعى أن يتأثر نظرة المرء إلى قانون السلام بنظرة الأعم إلى النظرية الإسلامية ككل . ويقول وات — وهو بذلك إنما يردد اتهام الكثرين — إن هناك اتهاماً للإسلام بأنه دين الجمود والتخلف ، ويعمل ذلك الادعاء بأن الإسلام عاصر قروناً عداوة للدودة من المسيحية حتى أن الغرب أسمى محمداً باسم Mahound ، وهو لقب يطلق على أمير الظلام ، وسب الإسلام إلى نبيه فسماه (الشريعة المحمدية) وذلك خلط مرفوض نهج فيه العرب نهجه في مسميات الشرائع الأخرى كالمسيحية إذ قرنوا بالسيد المسيح والموسوية نسبة إلى موسى عليه السلام ، ولكن الإسلام ليس شريعة إنسان بل شريعة الخالق الديان .

ومن هنا كان لابد لمن يتعرض لتمحيص قانون السلام الإسلامى من أن ينحلى بالموضوعية ويتدرع باستهداف الحقيقة — ولما كانت فلسفة الإسلام تقوم على أن الناس « أعلم بشئون ديارهم » فإنه ليس بممتصور أن يتناقض الإسلام مع الرقى الحضارى إذا عينا بالحضارة السمو الروحية والحاء الثقافى والتقدم المادى .

ولما كان امراً نديها أن يبدأ الساحت فى القانون الدولى بمسح البيئة السياسية التى ترعى فى مدارجها مدركات الجماعة الدولية عبر الترون فإنه لم يقبل راءة من المراض أن يستهل دراسنا للتأان الدولى الإسلامى بنظرة حابجة فى الربع الدولى للجزيرة العربية وتمت أن أشرى عليها نور الإسلام . لقد كانت الجزيرة العربية أما دولتين كديرين هما بيربنة سردا وفارس شرقاً — كفتى ميزان القنوى آشد — وكانت للمسافة بينهما معقباتها فى الجزيرة العربية . ويمكن أن نقول إن الجزيرة العربية كانت تنقسم عهدئذ إلى قسمين سياسيين : المحميات ، والأقاليم المستقلة . أما المحميات فكانت دويلات تحميها الدولتان العظميان ، اللخسيون فى حجر فارس والعساسنة فى حجر الروم وكندة وسط الجزيرة فى ولاء لتبع اليمن فى الحبوب . وقد زالت كندة على يد اللخمين تم انتصر الغساسنة على اللخمين . أما اليمن فظلت فى صراع مع الحمار إلى أن اسلم أميرها سنة ٦٢٨ م .

وظل باقى الجزيرة بدوا تستقل كل قبيلة منهم عن الاخرى فلا نجتمعهم إلا إرادتهم الحرة فى حلف من الأحلاف كالمساعدة أو المساندة . وهى تقابل معاهدات الصداقة والدفاع المشترك حالياً . ولعل أشهر أحلاف الحاهلية كان حلف الفضول الذى أبرم فى شباب الرسول لحماية حرية التجارة فى مكة . كذلك عرف العرب فى جاهليتهم نظاماً متقدماً للتحكيم أغلب قضائه من الكهنة لتسوية ماقد يثور بينهم من مازعات ، ومثله المشهور الاحتكام إلى الرسول عند خلاف قريش حول رفع حجر الكعبة . كما عرفوا مراسم للوفود التى تبعث فى المناسبات الكبرى . بيد إن هذه المظاهر السلمية لم تكن هى الغالبة فقد استبدت بهم — إلى جانبها — عصبية قبلية تجعل من لا قبيلة له طريداً للقانون وتشعل بينهم ثارات لاعتداء أضرمت حروباً متواترة سميت بأيام العرب . ومنطقى — فى تنظيم كهذا — ألا يخلف العرب قانوناً للسلام بالمعنى الذى نفهمه فى هذه الأيام . وإن تعجب فعجب أن تقوم الفرقة فى قوم بينهم من الوثائج فى العرق واللغة والعادات ما كان حرياً بأن يجمعهم فى وحدة واحدة ولكن شركهم فشل فى أن يستجيب لمتطلباتهم الروحية وعَمَت وثنيتهم بصيرة الروح القومية فعَمَت الفوضى علاقاتهم وسيطرت الأثرة والإحـن على سلوكهم . غير أن زمرة من ذوى الألباب لفظت قلوبهم تلك الروابط الخائرة والحياة المتنافرة وحببت إلى نفوسهم مفاهيم غامضة تدور حول وحدانية الله ، وهؤلاء هم من أطلق عليهم الخنفاء . وهكذا كان المسرح معداً لظهور مصلح عظيم ورائد كريم ينتشل العرب من وهدتهم ويحقق لهم وحدتهم . ولم يكن ذلك سوى الرسول الأمين . « هو الذى بعث فى الأمين رسولاً منهم يتلو عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة وإن كانوا من قبل لفى ضلال مبين » : (الجمعة / ٢) .

لقد اختار الله الجزيرة العربية مهبطاً لوحيه تأكيداً لحكمة كبرى ذلك أن مهمة القانون — كما هو معلوم — هى مقابلة حاجات المجتمع لإصلاح مثاليه وإنجاز رعايته فما بال الأمر لو أن القانون كان تنزيلاً من الرحمن . والعارف

بواقع المجتمع العربى الخاھلى ىعلم أنه ىحتسع ىمضى فى عىوبه مودحى فى مثالبه معنى أنه ىعتبر حقلاً مثالىاً لاحتبار مدى نجاح القانون فى إصلاح ىحتسع مہار — ىحتاج إلى علاج جذرى وتعییر أساسى . ولا ىملك جاحد أن ىكر أن الشریعة العرباء قد نجحت نجاحاً ماهرأ فى تشكیل ىجتسع الإسلامى على عرار تصرف به الأمثال وتقصّر دون مدحه المعلقات الطوائى . وهكذا أثبت الإسلام منذ باتورة آیامه وبدایات تاریخه أنه عروة الأمن الدولى الوثقى ووسیحة السلم العالمى الكبرى فقد بدد السحواء تكاملاً وحلل من البعضاء تناصراً وصهر العصبیة القبلیة فى أخوة دبیة رائعة « لو أنفقت مافى الأرض جمیعا ماألقت بین قلوبهم ولكن الله ألف بینهم » (الأنفال / ٦٣) . وماعرف التاریخ سابقه أو لاحقة لتلك الظاهرة العبقریة التى استطاعت فى سنوات معدودات أن تجز مافشلت الفرون فى تحقیقه .

وطبیعى فى دراسة كهذه أن تطرح العلاقة بین القانون الإسلامى والقانون المعاصر ذاتها على الباحث . ورب قائل یقول: إن القانون الإسلامى ىمثل حضارة ىتنام فى جدورها عن حضارة العصر وتبعاً فإن لكل من النظامین طریقته ومسلكه فیمما قطان متنافران لا ىجتسعان ولا یرتفعان والتلاقى بینهما ىكاد ىكون صرباً من إخال وإذن فمحى بین أن نتبع هذا النظام أو نتبع ذلك ولس بین الفرضین تصور وسط . بل إن البعض قد یتغال فینكر وجود قانون السلام الإسلامى اصلاً على نحو ماأیین بعد قلیل .

ولكى لست من انصار هذه المألغة الموغلة فى العماذ تم إن الفلسفة الحصاریة لقانون اسلام الدولى لا تختلف مبرماتها عندى كثیراً بین حضارة وحضارة لأن فكرة السلام من حیث هی إما تنبثق عن بواعث متقاربة وتدور فى أطر متشابهة ولذا فإها تبدى دائماً فى مناح ىكاد ىتكرر مع الأيام ومواقع لاتبلى مع الزمان .

فلا غرو إذن أن تلنح بین النظامین — الإسلامى والمعاصر — نواصر تشابه بل وقد تتكامل وأن نلحظ وشائج ىمكن أن تتواكب أو تتساطر . إننى

لا أعنى بذلك أن النظامين ينحسان من نبع واحد ولكنى أعنى أن فلسفة السلام — أيا كانت تطبيقاتها — إنما تنطلق بمنطق عقلي واحد — يتغيا رفاة الجماعة الدولية عن طريق توطيد العلاقات الودية وتأكيد الروابط السلمية فهو يجعل من احترام الموائيق والوفاء بالعهد قاعدة الأساس في البناء القانوني ويضمن حداً أدنى من الأمن لمن يعيشون في ظله . ومن هذا المنطق تنبت الأصول وإن تباعدت الفروع وتستقيم السيقان وإن تعابرت الثمار ، صواب وغير صواب ولكنها تسقى بماء واحد . ولا يجهلى أحد على قولى هذا فيزعم . أنى أرى أن أحكام قانون السلام في الإسلام نقل عن أحكام قانون السلام في الوضع المعاصر ، فمعاذ الله أن استنبط قانون الكمال من قانون الإقلال ولكنى أقول إن الفكر الإنسانى يستوعب فلسفة السلام على مدى الأزمان بنهج واحد ، غير أنه وإن كانت بداية الدرب واحدة إلا أن قانون السلام قد يسلك في عصر ما درباً تتفق بعض علاماته مع درب العصور السالفة وتختلف في البعض الآخر . وهذا هو حال قانون السلام الإسلامى ذلك أن الله في شريعة الإسلام يدعو إلى دار السلام وكذا الأمر في القانون المعاصر كما أد العهد مسئول في النظرية الإسلامية والملتزم عبد التزامه في الوضعية القانونية ، أما كيف يكون السلام وما حدود الالتزام فإن تفاصيل ذلك في النظامين — الإسلامى والمعاصر — قد تتوافق وقد تتباين ، وفي الحالين يجب أن نذكر أن للإسلام سبقاً تاريخياً ينفى عن مبادئه أن تكون نمطاً قد قيس على أنماط لاحقة أو تصوراً تأثر بتصورات تالية .

ويتقرر البعض فيصمون دراسة القانون الدولى الإسلامى بأنها مجرد دراسة في التاريخ بعد أن غابت شمس الحضارة الإسلامية وأصبحت أمجادها رسماً من الماضى ومن ثم فإنهم لا يأملون أن تثمر تلك الدراسة جدوى ذات بال في مجال الدراسات الفقهيية الدولية . وإنى أسائل هؤلاء القوم عن جدوى دراسة تاريخ القانون الزمنى ، ولم يقرروا بأهميتها عندما ينبشون مثلاً في أطلال القانون الرومانى ويشيخون بأفكارهم عندما يتصل الأمر بالقانون الإسلامى . ثم إن

وصف الأحكام الإسلامية بأنها تاريخ قد يدرج على الوقائع ولكنه لا يطبق على الأفكار والسوانح تاريخ ونكس النظرية ماض وحاضر ومستقبل وسائل هؤلاء هل تاريخ ذلك الذي تقوم حجته إلى يوم الدين وترتفع أنوبته حذقه على العالمين " إن النظرية الإسلامية حية مابقي المسلمون دائية مادامت مواقع الشجوم . ليس ها زمان ولا مكان فهي في كل زمان ومكان " بنا نحن برلنا الذكر وإنا له حافظون " (المخر ٩) . ومع ذلك فليس عرياً أن يادئنا معان باستعمار عن الحدود من دراسة قانون السلام الإسلامي . وأعلب النظر أن سائل هذا السؤال هم نصر يرون أن القانون الدولي الإسلامي قانون فئة مغلوبة على أمرها وليس خا في الجماعة الدولية من النكبان مايزهلهما لأن تعرض من نظرياتها أو تدعم مفاهيمها . وأحق أن هذه النظرة تعد اليوم بشرة متحلقة تعثر عن أن تراكب عصرها أو تسير رملها . لقد كانت لشل هذا القول رجاهته وبت أن كان للاستعمار بطشه وللقوة رخمها أما اليوم وبعد أن فتحت أبراب الحساعة الدولية على مصراعها لحصرية الدول النامية وأصحت هي العالمية العددية في الأمم المتحدة وشدت مصالح الدول الكبرى تمصاخ تلك اندور العصري فإنا لا نستطيع أن نأخذ هذا القول على علاته ولا أن نقبله بهانه .

إن يرون، الدول حديثة الاستقلال إلى حلة العلامات الدولية كان له أثر؛ البانغ على تطور القانون الدولي العام الذي ظل يحتفظ إلى بيت وربع قرن مضى بطابع عربي يعود إلى مشأته الأولى ويقتنه التي ترعرع في حلماتها . إن افتتاح البادى الدولي على الدول النامية ضم إلى ذنب البادى دولاً لا تجمعها حصاره مشتركة ولا تلمها أفكار موحدة ولا تحويها مصالح متماثلة ومن هنا كان صراع المصالح بين الدول النامية والدول الراية صراعاً أئسد وأككى وحلافاتها أعماق وأشرى .

إن التنظيم القانوني الذي يوائم مصالح الدول المستوردة لرأس المال والخبرات مثلاً قد يختلف اختلافاً جذرياً عن التنظيم القانوني الذي يوائم مصالح الدول

المصدرة لرأس المال والخبرة . ولذا نجد أن الدول النامية تتمسك بتمدد المساواة في المعاملة في شأن الترميمات حيال الأحاب والملكية الأحسية في معنى أن الدولة لا تلتزم قبل الأحاب المقيمين على إقبسها بأكثر مما تلتزم به حيال رعاياها ، في حين أن الدول الأثررية تدفع عن فكرة الحد الأدنى من الحقوق للأحسى الذى يجب على الدولة ألا تتدنى عه في معاملتها للأحسى بعض النظر عن المعاملة التى يلقاها مواضوها .

ولم يقتصر استقائ بين الدول النامية والدول الرابية على تفسير وتطبيق القانون الدولى بل امتد إلى المبادئ العامة والأفكار الأساسية من حيث أن تلك المبادئ والأفكار — التى جهزت لتقابل حاجات أوروية حالصة — أصحت تضيق عن مقابلة الحاجيات العالمية بترقيها وعريها . ولذا نجد أن كثيراً من المبادئ الأساسية التى سى عليها القانون الدولى الحديث والتى بقيت مستقرة طوال قرون راحت تهتر رتهاوى في العقود الأخيرة إما استجابة لأفكار مذهبية وإما تأثراً بمصالح الدول النامية .

ولما كانت الدول الإسلامية — ولو أنها كلها نامية — تضم قرابة سدس سكان المعمورة وتتشارك مع غيرها بمصالح العالم أجمع فلا بد أن تكون قادرة على أن حباب تماثلها الإسلامية العبقرية ومباحها القابوية الفذة بصمات تستحث تطوير القانون الدولى العام المعاصر لاسيساً إذا ذكرنا أن المبادئ العامة التى تقرها الدول المتنامية تعد — حسب صريح نص المادة / ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية — دليلاً من الأدلة الرئيسة على القانون الدولى العام . وتسهد كثير من المؤتمرات الدولية والمعاهدات الحساعية على صدق ماأقول ، وأضرب مثلاً لذلك باللعقين (الدين أرمأ في حيف سنة ١٩٧٦/١٩٧٧) ، لتطوير أحكام القانون الدولى الإنسانى التى تصممتها وفاقا حيف سنة ١٩٥٤ فقد تبدت فيها لمسات الإنسانية الإسلامية وبررت اتجاهاتها الفقهية . ويقول استاذى الروفسور حوسون في مقدمة خطبها لكتاب سقى أن ألقته عن القانون الدولى الإسلامى إن فقهاء الغرب

تفاهسوا عن بذل ماكان يجب عليهم أن يبدلوه من جهد للتعرف على أحكام القانون الإسلامي على الرغم من أن م ٩ من نظام محكمة العدل الدولية تفرض على الجهارين (مجلس الأمن والجمعية العمومية للأمم المتحدة) أن يراعي في اختيار القضاة تمثيل النظم القانونية الرئيسة في الحضارة المعاصرة . ولعل البعض قد بدأ يتبته إلى تلك الحقيقة إذ يجد أن لجنة القانون الدولي تفرص في صياغتها لأحكام القانون الدولي على أن تستفتى — بقدر ما من التوفيق — أهم النظم القانونية المعاصرة . ولعل الدور المحدود الذي تؤديه النظرية الإسلامية في حلبة القانون الدولي المعاصر حتى الآن يرجع إلى أن تلك النظرية هي بدورها في حاجة إلى استيصال وبلورة حتى تصبح صالحة لأن تُطرح في المجالات الدولية وتغدو قادرة على غزو العقول القانونية فإن هي بقيت خافية كما هي الآن كان ذلك فرضاً عليها بالتخلف والتفاهس ، ومن هنا تبدو أهمية البحث الذي تنفياه هذه الدراسة .

والحق أن الدور التكميلي بين النظامين دور متبادل فكما أن قانون السلام الإسلامي يمكن أن يسد ثغرات قانون السلام المعاصر ، فإن قانون السلام المعاصر يمكن — عند عدم وجود حكم مخالف في النظرية الإسلامية — أن يعد من الأعراف المكملة للقانون الإسلامي الدولي . بيد أن دور القانون الإسلامي — في هذا التكامل — أوسع من دور القانون المعاصر ، ذلك أن القانون الإسلامي معدل ومبدل ومكمل ، أما دور القانون المعاصر فدور مكمل فحسب بمعنى أن القانون الإسلامي يمكن أن يعدل من أحكام القانون المعاصر بل وأن يقدم بدائل لأحكام عفت وأفكار تخلفت ، كما أنه يملأ فراغات ذلك القانون . أما القانون المعاصر فبدوره تكميلي فحسب ومشروط بآلا يخالف حكماً أو نصاً إسلامياً . ومن ثم فإن تطلب رفع علم على السفينة أثناء إبحارها يمكن مثلاً أن يكون حكماً من أحكام قانون السلام الإسلامي لأنه يكمل الأحكام البحرية في مسألة لا تعارض تلك الأحكام أو النصوص . وتبعاً فلا ضير على من يناقش النظرية الإسلامية في قانون البحار من أن يتبنى حكماً

كهدا ضمن قواعد قانون البحار الإسلامى . وقد يكون فى مفهوم إشارة بعض الآيات الكريمة تعزيز لهذا رأى كقوله تعالى « والسلك تجرى فى البحر بما ينفع الناس » (البقرة / ١٦٤) لأن تطلب ربح العلم هو من قبيل تأمين الرحلة البحرية وتبعا تأمين حصول الناس على ماينفعهم .

أما دعوة الأفكار فذات اتجاهات ثلاثة : فهناك فريق ينكر قانون السلام الإسلامى كنظام قانونى متكامل وإن اعترف بأن فيه بعض القواعد التى تصلح لحكم العلاقات الدولية ، وذلك الادعاء الغربى — الذى يعايريه قلة من الفقهاء العرب — يصدر عن نظرة قاصرة لأحكام التبعية الغراء ، ويتأثر بواقع عارض لما عليه الفقه الإسلامى المعاصر . ولعل دراستنا هذه تكون رتقا فقهيا يضع أصحاب هذا رأى على جادة الصواب ويفتح لهم أفاق ماقصرت عنه مداركهم وعاب .

وهناك فئة تقول إن القانون الدولى الإسلامى قانون حرب ولايعرف السلام وهى تشير بذلك إلى أن علاقة دار الإسلام بدار الحرب تقوم أصلاً ودواماً على القتال وليس فيها متسع للسلام ، ولهذه الفئة عدها مما تقرأه فى كتابات الفقه التقليدى ، وذلك مأتولى مناقشته بعد قليل . ولكنى أبادر فأثبت أن الإسلام هو دين السلام هليس عجباً أن تقوم نظريته القانونية الدولية أساساً على مدرك السلام . والحق أن النظرة المتحررة إلى فكرة تقسيم العالم إلى دارين لابد أن تنتهى إلى فهم قريب مما قال به أبو حيفة فهو تقسيم يتغيا توافر صفة الأمن والسلام للمسلمين فى دارهم وتوق الخوف والعدوان عليهم فى غير دارهم . وإذن فلا يصح أن يتخذ دليلاً — كما يروج لذلك بعض المستشرقين — على أن المسلمين أهل حروب وغارات أو أنه يمثل منهاج المسلمين فى العلاقات . إن تغاير الدين ليس هو فى الحقيقة مناط التقسيم وإنما مناطه انقطاع العصمة وترجيح سوء المعاملة ومن ثم فإن دار الحرب ليست إلا الدار التى تأتى أن تكون على علاقات سلم مع الدولة الإسلامية . وإذن فوصفها بذلك وصف عارض ينطبق مابقيت مبرراته ويزول بزوالها ، وتلك بديهة يقرأها المنطقيون الغربيون .

وهناك فئة تالفة يشط بها الفكر فتذهب إلى أن النظرية الإسلامية أضيق من أن تحتوى نظاماً قانونياً دولياً للسلام وتزعم أن تاريخ العلاقات الدولية يشهد بذلك . فهم لا يرون في السوابق الماضية مايدل على أن ذلك القانون قد حكم خارج الدولة الإسلامية أو نظم رابطة بين الدولة الإسلامية وغيرها من الدول . وتلك لعمر الحق نظرة رمدة تنكر الشمس من أدى بها فالقرآن الكريم به العديد من الآيات التي تنظم علاقات دولية (أقرأ سورة براءة على سبيل المثال) والحديث الشريف كذلك ، ثم إن التاريخ يكذب مايزعمون « وإذا قيل لهم لا تفسدوا في الأرض قالوا إنما نحن مصلحون . ألا إنهم هم المفسدون ولكن لا يشعرون » (البقرة / ١١ ، ١٢) .

لقد بدأ قانون السلام الإسلامى — فى رأى الخاص — بمعاهدة الحديبية (٦٢٨ م) ولا أقول بمعهد المدينة الذى آخى بين الانصار والمهاجرين حتى لا أفتح باباً للحدل حول طبيعة ذلك العهد وهل كان دستوراً أم معاهدة . وكم من علاقة سلام جمعت — فى عهد الرسول ﷺ — بين المسلمين وغير المسلمين — فى تاريخ دبلوماسى طويل من العهود والتعاون مع الأعداء القدامى على البر والتقوى . وقد سجل شعر حسان بن ثابت والاعشى وكعب كثيراً من هذه الحقائق وتمثلت أول بادرة لذلك عندما ارسل الرسول ﷺ فى باكورة الدعوة رسله إلى ملوك وحكام الدول المجاورة يدعوهم بدعوة الإسلام . كما أشارت الآية الكريمة الخاصة بحروب الروم والفرس إلى ارتباط الإسلام بالعلاقات الدولية « غلبت الروم فى أدنى الأرض وهم من بعد غلبهم سيفعلون فى بضع سنين . لله الأمر من قبل ومن بعد ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله . ينصر من يشاء وهو العزيز الرحيم » . (الروم / ١ - ٤) وكان للمسلمين مع جيرانهم علاقات لعل بدايتها كانت هجرة المسلمين إلى الحبشة . كما ذهب عمر بن الخطاب إلى بيت المقدس ليتعلمها من حاكمها ، وأبرم حاكم مصر المسلم عهداً مكتوباً مع أهل النوبة فى جنوب مصر ، وعزف سفراء الدولة الإسلامية عن الركوع أمام حكام الفرنجة على عكس ماكانت تقضى به

الأعراف الدبلوماسية في تلك الأيام ، وذلك قليل من كثير ، وتلك الأمثال
نضربها للناس . ومن ذلك ومن سوانق الإسلام في عهد الخلافة الراشدة
ومابعدھا انتهى الفقهاء إلى إقرار فكرة دار الصلح ودار العهد . وبدهى ألا
يكون هناك صلح أو عهد في نظام إلا بنظام السلام فضلاً على الصور الراهنة
التي أعرض لها في مواقعها من الدراسة . ومرة أخرى أقول إننى أرجو أن
يكون في دراستنا هذه مايرد على دعاوى الجهلاء والمتطعين .

ولكن أى فكر اسلامى يراد إحيائه ؟ إنه الفكر النقى الخالص المستمد من
الكتاب الكريم وماصح عن الرسول من حديث . فكر بعيد عن التزمّت الذى
يعسر ولا يسر ويتبرأ من مسوح الزيف الغربى .

إن الجرى الأعمى في فلك الحضارة الغربية — في رأى — هو أخطر
مأصّاب الشعوب الإسلامية . وقد يكون للاستعمار العسكرى الذى تحررت
الشعوب من ربقته حديثاً دخل في هذا ، وقد يكون للاستعمار الثقافى الذى
نعايشه دور أكبر ، وقد يكرن للتقليد غير الواعى دور أبعاد خطيرة ولكن
النتيجة واحدة وهى أن الحضارة الغربية قد حلفت بصماتها غير المحمودّة على
حواسب عديدة من حياتنا ، سواء على مستوى الأفراد أم الجماعات .

وعنى عن القول إن للحضارة جانبين : الأول الجانب المادى الصناعى
وهذا لا غنى لنا عنه ولا مانع من الاستفادة به . إننا مطالبون إسلامياً بالتقدم
فيه واستكناه أسرار الكون والسعى في مناكب الأرض والوقوف عند بعض
أسرار المادة التى وضع الله فيها العديد من أسرارهِ في خلقه مع تذكير الناس بما
كنا عليه من حصار طائلة ومديّة هائلة وقت أن كانت القرون تلف الغريين
بظلام دامس من التخلف والرجعية في تنى مناحى الحياة .

أما الجانب الثانى للحضارة فهو الجانب المتصل بالثقافة والأخلاق والأفكار
والمبادئ . وهذا الجانب لا يمكن أخذه عن الغير أخذ المقلد أو المتشيع لأن
هذا الأخذ عن الغير يعنى ضياع شخصية الأمة وذوبان هويتها في هوية
الآخرين في الوقت الذى حدد الإسلام شخصية الأمة وثقافتها وصغها

بالصبغة الإسلامية الخالصة ، ووضع الله لنا القرآن والسنة لنستمد منهما كل مقومات الأخلاق والأفكار والثقافة . إننا مهما نطقنا بتقاليد العرب بلسان الغرب فستظل دربا دجيلا علينا وأى درب !! .

ولا تلك أن العودة إلى الأصالة الديبة باتت مطلب كل من يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، بعد تخطى مرحلة الانبهار بالثقافة الغربية وتجاوز الانشغال بمغريات الحياة الأوروبية . « إنا لسر رسلا والذين آمنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الأشهاد » . (عافر / ٥١) . (راحع على سبيل المثال كتاب محمد الغزالي في « دستور الوحدة الثقافية ») .

ومن القضايا الخطرة التي لمستها من خلال اهتمامي بالشرعية الإسلامية والدراسات الفقهية أن البعض يستغل تعدد وجهات نظر الفقهاء في القضايا الفقهية ويرمي الفقه الإسلامي بالتهاتر وصعوبة الفهم . والحقيقة أن الذين يقولون مثل هذه الأقوال لا يريدون للإسلام خيراً ويتخذون من المحجوم على الفقهاء وسيلة للهجوم على الإسلام وشريعته .

ولا يفوتني في هذا المقام أن أقف مع الدكتور مجيد حدوري — وهو كاتب ربي فينا وليداً ولبث فينا من عمره سنين — أقف معه وقفة عتاب فقد نسي حظاً مما ذكر به وما يذكر إلا أولو الألباب ، وقدما قالوا إن الخلاف لا يفسد للود قضية بين الأصحاب . أعتب عليه أنه يلبس الإسلام بظلم عندما يعصمه بالاستعلاء بما يعطيه للمسلمين من مركز ممتاز جبال غيرهم وبما يتسم به من أنانية لا تقر بشرعية نظام سوى نظامه . والإسلام من ذلك براء ، ولنذكر قوله تعالى « وكيف يحكمونك وعندهم التوراة فيها حكم الله » (المائدة / ٤٣) وقوله سبحانه وتعالى « وليحكم أهل الإنجيل بما أنزل الله فيه » (المائدة / ٤٧) . ويبدو أن الكاتب مخانته الذاكرة فسي أن الغرب لازال يتغنى بصور من الاستعلاء أسوق مثلاً لها في المركز الذي تشغله الدول الكبرى في مجلس الأمن . وتكل نظرة الكاتب إذ يجرد الإسلام من ركيزة السلام ويذهب إلى أن جهاز السلام في الإسلام جهاز مؤقت ينظم علاقات تهادن عارضة فيما بين

الخروب ، وما الإسلام عند كل مصف إلا السلام وإلا فأنتى لى بما فى كتابى هذا من أحكام . ويبور عن الصواب عندما يستلب من الإسلام فضل إرساء مدرك المساواة ويسببه إلى القانون الدولى المعاصر ، وفى التنزيل الكريم — منذ يفر وأربعة عشر قرناً — آيات بينات فى المساواة « يألها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا » (الحجرات / ١٣) ورسول الإسلام يقول (كلكم لآدم وآدم من تراب) . وينظم منطق الكاتب فى تصويره بأن الإسلام ذو طابع شخصى يخاطب الأفراد ولا يخاطب الجماعات الإقليمية ، وإذن فماذا حق السماء تعنى لفظة « القرية » فى آيات القرآن إذا لم تكن خطأ للجماعة الإقليمية .

وإنى لفى شك مما يدعو إليه مريب فحاصل دعوياه أن الدول الإسلامية تدرك أنه يستحيل عليها فى الزمت الحاضر أن تحيى النظرية التقليدية فى الشؤون الخارجية حتى لا تضر بمصالحها بمقولة إن الأوضاع التى تسمح ربط الدين بالعلائق بين الأمم قد تغيرت تغيراً جذرياً . ريسى مذهبه على أساس أن الانحاء إلى إحداث عصر ديبى فى السياسات سواء على الصعيد المحلى أم على الصعيد الدولى اتحاد حطراً حداً « لأن الدين — وربما أى ايديولوجية من أى نوع كانت من شأنه أن يعوق عمل النظام القانونى الذى هو فى الأساس ثمرة العادة والتقاليد أكثر منه تحسيدا لمبادئ معنوية . ولكن كان قانون الدول الحديث قد اصبح عالمياً خلافاً لقانون الدول المسيحى وقانون الدول الإسلامى فى العصور الوسطى فلأن الدول الأوروبية قد تخلت عن ربط الدين بالعلائق الخارجية منذ معاهدة وستفاليا وقبلت بتطور المراجع العلمانية وفقاً للحاجات المتزايدة لأسرة الدول » (مجيد خدورى — الحرب والسلام فى شرعة الإسلام ، بيروت سنة ١٩٧٣ ، ص ٣٨٥) وذلك فى عمقه قول هراء وزهد يذهب جفاء ، فقد كانت الحضارة المسيحية هى المسوح التى التف بها القانون الدولى المعاصر وقت مولده فمس اتشح بها شرف بمخاطبة أحكامه ومن حرم منها أنكر عليه ذلك الشرف . إن القانون والدين يتكاملان فى العلاقات الدولية لأهما

يستهدفان تحقيق تكامل البشرية فليس بمستغرب إذن أن يعالج العالم البلجيكي لوران في سفره « تاريخ قانون التنعوب » شطراً بارزاً من تعاليم الأديان العالمية . ومع ذلك فقد أتمس للكتاب بعض العذر لو أنه قصد إلى أن النظرية التقليدية حرية بالتقيح كى تتناغم مع انجريات المعاصرة ولكنه اتعى مايتجاوز هذا . ويكأن الكاتب — فى تشيعه لفرعة استحدوت على العقلية الغربية — يحسب أن هذه الردة قمينة بالإسلام كما صدقت على المسيحية . فما أسماه بالقانون الدولى المسيحى ليس إلا غرسة استزرعها بشر كنسيون تغفوا أن تكون لقيما لوصاية دولية طاغية سلكت سيلاً ناغية وأركست أوروبا فى حرب ضارية دامت ثلاثين سنة عاتية . فلا غرو أن تكون معاهدات وستفاليا إماراة النهاية للحرب الضروس وإشارة البداية لخذلان هيمنة القليس وانحسار سيطرة القسيس . أما إسلام العصر الوسيط فكان شرعة دولة عرضها من الخليج إلى المحيط خرحت بعقيدتها من هجير الصحراء لتقتعد فى ظلمات العصر مقاعد الأمل والرجاء . ثم إن علماء المسلمين يفتون ولا يتحكمون ويقضون ولا يسيطرون وهم لرهم يرهبون وماينبغى لهم ومايستطيعون . فكيف بكاتب نحرير أن يقيم وجهه لرأى فطير وأن يسلك نفسه وراء منطق ضرير . ولى بعون الله مع هذه النزعة لقاء بل ولقاءات . وكل ماهو آت آت . « الله يستهزى بهم ويمدهم فى طغيانهم يعمهون » (البقرة / ١٥) .

أعود فأقول إن دعاة المفاهيم البكماء الذين يدارعون وراء مدركات فقه تبلور اجتهاده زمن أن كانت القوة درء الدول والسيف منطقها فى محيط جهل الأمن الجماعى وافترق لوسائط السلام ، دون اعتبار منهم لضرورات العصر ومتطلبات الحياة أو تفهم لما كانت ثم أصبحت عليه دولة الإسلام ومحسبون أنهم يحسنون صنعا هم كباسط كفيه إلى الماء ليبلغ فاه وماهو ببالغه ، سنكتب شهادتهم ويسألون » وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلواً » (التل / ١٤) .

ويروق لى هنا أن ارفع خطأ أخشى أن يتطرق إلى ذهن القارىء فيحسب أن

من مسلمى هذا العصر — قول الحق سبحانه وتعالى « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً » (النساء / ٦٥) ففى عنهم صفة الإيمان ، الا إذا رضوا بحكم الرسول ﷺ وسلموا به تسليماً .

وليس المراد هنا أن يتحاكم هؤلاء إلى الرسول ﷺ بصفته البشرية ، ولا أن يرجعوا إلى أعراف الجاهلية ، بل المقصود أن يتحاكموا إلى شريعة الإسلام فيما يقع بينهم من منازعات وأحداث فإن الرسول ﷺ لا يقضى إلا بحكم الله في كتابه المنزل بهيئاً عما درج عليه أهل الجاهلية من مظالم ، كما قال رب العالمين ، « يا أبا أدنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله » (النساء / ١٠٥) ، « أفحكم الجاهلية يغفون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون » (المائدة / ٥٠) .

لكن الذين آمنوا بالعلمانية ، وكفروا بصلاحية الشريعة الإسلامية للحياة ، يزعمون أن بوسعهم أن يظلوا مسلمين مع اعتقادهم بأن الإسلام ماجاء ليحكم بين الناس في شؤون دنياهم ويجهرون بانهم لا يقتلون فكرة « أبدية القانون » ، ويجدون في التشديق بهذه السنن ما يرضى عنهم شيئاً من وجهة المنطق. أولئك الذين يعيشون مع الغرب بقلوبهم وينمون إلى الإسلام بقولهم بفسرهم بالقرآن كليل وحديثهم عن الإسلام عليل . ومن المؤسف أن هناك من يطعن له المسلمون ويطلبون له ويمزجون حاسبين أنه من أعلام الفكر وقادة الرأي وهم لا يعلمون . والأمثلة على ذلك كثيرة اختار منهم مثلاً ليس عنا بعيد لرجل فربح كثير من المسلمين بإسلامه بعد طول ضياع ، ورجوا الخير للدعوة الإسلامية من فكره وقلمه ولكن ! إنه المفكر الفرنسى حارودى الذى تسمى باسم « رجاء » ، وأخذ يشرح للناس في محاضراته الخطرات التى قادته إلى الإيمان بهذا الدين الحنيف وهو الذى قضى حياته السالفة في ضلال الشيوعية والإلحاد .

وأمم فضيلة شيخ الأزهر الدراسة الطويلة التى دمجها الأستاذ الدكتور سعد

ظلام عميد كلية اللغة العربية بالأزهر لمناقشة فكر رحاء الجارودى والبيان الذى قدمه إلى المؤتمر الأول للمسلمين والأوروبيين الذى انعقد فى اسبيليه فى الفترة من ١٩ - ٢١ يوليو سنة ١٩٨٦ .

يقول الدكتور سعد ظلام - بحق - إنه عندما يدخل المفكر إلى الإسلام بعد اقتناع ، فهذا يحسب ! لكننا نقف عند منفرات قد تطلق على ديننا وهو أكبر منها . فلماذا يذكر جارودى عن الإسلام فى بيانه بأنه « اسلام القرن العشرين » ؟ أو يكون هذا العوان من أمشاح الديانة اليهودية التى تقسم اليهودية إلى عصور باعتبارها المكسب والخسار: التبديل والتغير حسب المصلحة ؟ فهناك يهودية موسى وسليمان ودارد وغيرهم ! فالديانة اليهودية لاتصلح لكل زمان ولهذا أعطوا الحاحام أو الكاهن الأكبر سلطة تغيير الدين ليتلاءم مع العصر . أما الإسلام فعكس ذلك تماماً فالإسلام هو الجوهر والدين الأزل والخاصم للأديان .

ويضع الدكتور سعد ظلام ايضاً تحفظات على فكر جارودى ودعوته لإحياء مركز اسلامى فى قرطبة يتشارك فيه عدد من الشخصيات المسيحية واليهودية من غير المتحمسين ، تمثل هذه الأمور يستغلها البعض لضرب الدين أكثر من تعاملهم مع رचाته . وربما كان جارودى معذورا لأنه حديث عهد بالإسلام ومعرفة بالأصول والفقه نذرة . فهو فيلسوف معنى لحوار الحضارات إلى جانب مراقبه السياسية وانتماءاته التى أثرت كثيراً فى أسلوبه وتفكيره .

ولذا فإنى أكره أن يقف الاسناد جارودى فى صف واحد مع هؤلاء العلمانيين المفتوين « أفى قلوبهم مرض أم ارتابوا أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله بل أولئك هم الظالمون ، إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون » (المور / ٥٠ ، ٥١) .

لقد عرف الإسلام فى تاريخه الحديث هبات تقصد - فى نظر اصحابها ، وبغض النظر عن حكم التاريخ عليها - إلى إحياء الإسلام واصدائه ثوب قشيب

عليه لعل أهمها هي الحركة المهدية في السودان والوهابية في الجزيرة العربية والحركات الإسلامية المعاصرة ومعها الثورة الإيرانية الخمينية ، ودراسة تلك الحركات لها جانبها السياسي الذي يتجاوز حدود هذا البحث ولذا اكتفى بما قدمت في ترسم علامات الفكر الإسلامي الذي استهدى في بحثي هذا .

وقد هالني أن الدراسات الإسلامية المعاصرة تعج بأبحاث مستفيضة عن قانون الحرب في الشريعة الإسلامية ولكنها تكاد تخلو من معالجة جدية لأحكام قانون السلام . وأغلب الظن أن ذلك مرجعه إلى أن الكتّاب المحدثين يقتفون أثر الأوائل في تبعة خرساء . فقد خلف لنا الفقه التقليدي الإسلامي ثروة ثرية في قواعد الحرب لعل كنزها الثمين يتمثل في « السير الكبير » للغزالي الحنفى لعالم محمد بن الحسن الشاذلي الشيباني ، ولكنه صمت عن أحكام السلام .

وإذا كان الفقهاء القدامى قد اهتموا بقانون الحرب وأعفلوا قانون السلام فإن لهم عذرهم في ذلك فقد تبلور العقد التقليدي زمن الفتوحات الإسلامية فانشغل أصحابه بدراسة الظواهر التي تحيط بمجتمعهم ، وكانت ظاهرة الحرب هي التي نسبطر وفتتد على علاقة الدول الإسلامية — الموحدة تحت خلافة واحدة — بغيرها من الدول فكان لديها أن تنطبع افكار الفقهاء بطابع عصرهم وأن يسعوا إلى التفتيش عما يضبط سلوك الدولة الإسلامية في قتالها مع الدول التي تقاسمها الجماعة الدولية .

أما اليوم وقد انقلب ظهر المحس فلم تعد القوة العسكرية سمة الدولة أو الدول الإسلامية بل إن معظمها حديث عهد بالاستقلال بعد أن ررح قروناً تحت نير الاستعمار ، فإن الاهتمام بقانون الحرب يُحب أن ينزوى إلى مرتبة ثانوية وأن ينصرف الدارسون إلى معميات النظرية الإسلامية في قانون السلام . وعلى الرغم من تلك الحقيقة الدامغة فلا زالت الأقلام تتمرغ فيما قال به الأولون والأفكار تنحصر فيما خلفه التقليديون وإن ذلك التمحور حول القديم لا يفسره — فيما أرى — إلا إحجام عن ولوج حلبة الاجتهاد وقصور أو تقصير في البحث والإعداد وتقديس لعقبة الأبناء والأجداد ، فأين الأمم المتحدة

من بيرنضة وبغداد . وأنى للعالم الإسلامى المعاصر من دولة الأجداد وكيف يحق السماء يسرى مآقالوه فى القنوات والأنهار على مانواجهه اليوم من مشكلات للبحار . أنستفتى الأئمة الأربعة فيما ليس ضم فيه نظر أو لم يرد بشأنه حبر وتبعاً لابد أن يكون الصدى بلا وقع والآراء بغير نفع . أكاد أحدهم على علم بالدبلوماسية المعاصرة أم عندهم مفاتيح العيب فهم يستقرون؟ كلا وإيم الحق فإنهم وإن كانوا أئمة . أحلاء كرام إلا أن الرأى يتغير بتغير الزمان والمكن . وإدب فالخيار اليوم بين أمرين : إما أن نتفوق على أنفسنا ونقول إنه لانهظرية فى الإسلام لقانون السلام وإما أن ننفذ العار عن أنفسنا ونفترو من نبع لا يضل من استسقى منه أبداً — القرآن والسنة — نحتاً عن صحيح الأحكام . وإلى والله لسالك سبيل معاد بن حبل — أجتهد رأى بعد القرآن والحديث ساعياً إلى أسر أجتهد رلو أخطأ . « إن أخرى إلا على الذى فطرنى أفلا تعقلون » (هود / ٥١) .

أيها التارىء الكريم

لقد كان اختراجه هذا السمر رؤى تداعى سبلى وريراً تفلماً إلهى ننسى فسد الله أرى ريسر لى أمرى ، تتأويل رؤى فدل حملها رى حقاً وتجسيد أملى واقعاً يستقى على صراط الفقه سقاً . فأنلهم لك اسحاء عبداً رضىباً وأسبح قيوماً علياً . أتسكرك فقد كنت فى حفيأ . ادخلتى مدحلى صدق وأخرحتنى مخرج صدق رجعلت لى من لديك سلاًماً ولياً .

ولما كان لابد أن يستشرف الجهد فى قانون السلام الإسلامى من أن يبدأ حيث لا بداية وأن يستسقى بلا سقاية ، ولا عدة له إلا اجتهد يستعين به فى مناقشة الأفكار ومراجعة الأسفار . وتوكل يستقرىء به أحكام القرآن والحديث المختار . فقد سلكت طريقى فى الدراسة من منطق الواقع نالدول الإسلامية بمفهوم العصر دول نامية تدور فى فلك نجوم دول مخالفة رابية تؤمن فى علاقاتها الدولية بقانون هو من صناعتها وتسبر على أحكام هى بضاعتها فكان لزاماً للدراسة كى تحقق جدواها وتنجز مبتغاها من أن تنهج منهج المقارنة بين

النظريتين — الإسلامية والغربية — سعيًا وراء إيضاح الموافقات وبيان
المفارقات . « يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات »
(المحادلة / ١١١) .

وجرياً على هذا الدرب فقد استملحت أن أرتب فهرست هذا الكتاب على
نمط فهارس الكتب المعاصرة في القانون الدولي . ولكنني تثبت بمصطلحات
الفقه الإسلامي في كل مرة وجدت أن المصطلح مناسب وعرت من
مصطلحات العرب مالا قرين له في المصطلحات الفقهية دون أن أتخلى — في
اللفظ المعرب — عن الذوق العربي السليم . فقد عاجلت متلاً مدرك البحر
الساحلي ولكي اخترت له من مصطلحات الفقه مسمى « البحر الحريم » بعد
أن حورت المفكرة وطورتها من منظورها الخاص إلى منظورها العام لتواكب
علاقات دولة الإسلام . وانتقيت اصطلاح « الاستخلاف الدولي » على أنه
اصطلاح معرب لمدرّك غريب على الفقه التقليدي ، والتعريب هذا يتقبله
اللسان المبين ، وهكذا . وكثيراً ما كان الكتاب الذي لا تبلى جدته ولا تنقضي
عجائبه — القرآن الكريم — هادياً لي في انتقاء المصطلح السليم كاصطلاح
« اليم » مثلاً . « اتبعوا من لا يسألكم أجراً وهم مهتدون » (يس / ٢١) .

ولكن من الناس من يستهويهم تصيد الاخطاء وتسقط الزلل ، يحب الهجاء
أكثر مما يحب الثناء ويسارع إلى خطأ ليفضحه أكثر مما يسارع إلى جميل ليمدحه
حسداً من عند نفسهم وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين . فإذا لا يؤتون
الناس نقيراً ولا يتنادون إلا نكيراً ، غلبت عليهم شقوتهم فكانوا قوماً بوراً .
ولا أحسبني بناج من كيد هؤلاء ولا أخالي بمفارة من مكرهم . وأتمثل
لهؤلاء — وحاشا لله أن أدعى مقام النبوة — أتمثل بقول نوح لقومه « يا قوم إن
كان كبير عليكم مقامى وتذكروى آيات الله فعلى الله توكلت فاجمعوا أمركم
وشركاءكم ثم لا يكن أمركم عليكم غمّة » .

وما أشبهني مع هؤلاء بكريستوفر كولمبس مع علماء عصره الذين أنكروا
عليه كشفه فلما سمع بمكرهم دعاهم وأعد لكلّ منهم متكاً وأعطى كل واحد

منهم بيضة مسبوقة وضرب إليه أن يوقفها في طرفه مذنب تنشل جميع مما
كان من كوكس إلا أن أخذنا وضغط على الطرف المذنب حتى تعرض
وانتصت البيضا فقال الجميع : ولكنا كنا نستطيع أن نعمل ذلك . فكان
جوابه الحكيم . وما الذر منكم من ذلك ؟ !

انني لا أنسى لسي تدرأ بين المجتهدين ولا أرعم تميزاً عن غيري من
الذين سمعوا الذي تفرده بالكمال وحده . ولكن الله يهي عن أن يحسن
الناس استيائهم ولا يحب أن يفسدوا على ما أتاهم من فضله . ويكنيني أن
أحسن مؤلفي هذا لله فقد فذحت به مناليت موصدة وسلكت وهاداً غير
ممهدة ودارت أفكاراً فجأة ولمت آراء غضة فكان توفيق من الله هداية إلى
الذي يق الحكيم وإمارة على الدرب الفويم لمن شاء من القوم أن يستقيم
وما شاء من إلا أن. بشاء الله رب العالمين . فاللهم - وأنت اعلم بالجهر
وما يخفى - أجزني عنه حزا السارين وأجزني فيه أجر المجتهدين .

« ربنا إنا سمعنا منادياً ينادي للإيمان أن آمنوا بربكم فآمنوا ربنا فاعفر لنا
ديوننا وكفر عنا سيئاتنا وتوبنا مع الأبرار » .

صدق الله العظيم

الإسلام، ١٩٨٨

الباب الأول فى مدخل إلى الدراسة

الفصل الأول : فى السلام والإسلام .

الفصل الثانى : فى التنظيم الدولى الإسلامى الراهن .

الفصل الثالث : فى التعريف بالقانون الدولى الإسلامى .

الفصل الرابع : فى أصول قانون السلام الإسلامى (عدا المعاهدات) .

« سرهم آياتنا فى الآفاق وو أنهم حتى يتبين لهم أنه الحق »

صدق الله العظيم

(فصلت / ٥٣ ،

الفصل الأول في السلام والإسلام

تقدمة :

لقد عرف الإسلام — كما أسلفت — في تاريخه الحديث هبات قصد أصحابها — وبغض النظر عن حكم التاريخ عليها — إلى أحياء الإسلام وإضفاء توب ثشيب عليه .

ولكنني أحسب أن ما قدمت لا يكفي في القول ببناء نظرية للإسلام في قانون السلام بل لابد لي قبل أن أغادر مقامي هذا من أن أعرض لقضية كبرى من قضايا القانون الدولي الإسلامي . أهو حقاً قانون سلام أم أنه كما يرهص البعض قانون حرب وعدوان ؟ .

الجهاد نظرية الإسلام في الحرب المقدسة :

يقدم المدرك التقليدي الإسلام من منظور لا يتصور عالمية الإسلام إلا من حلال حرب. لنشر كلمة الله يشنها ولي أمر المسلمين بلا هوادة ولا تراخ حتى تعم كلمة الله مختلف البقاع . ومن هنا أكد الفقه الكلاسي على أن الجهاد بديل تحقق به الدولة الإسلامية غاياتها إلى جانب طرائق السلام .

يبد أن دعاة الحرب لم يتموا دورهم مع الشمس إذ توقفت فتوحاتهم عند حدود الهند شرقاً واستعصت عليهم قلاع القسطنطينية شمالاً (٧١٧/٧١٨ م) ومينوا بهزائم حاسمة في تور غرباً (٧٣٢ م) وواجه الإسلام — فيما احتضن من رقاع — مشكلات رئيسة تمثلت أساساً في تحديد مركز غير المسلمين داخل دار الإسلام وعلاقة دار الإسلام بما بقي من دار الشرك . فكانت الذمة والأمان — على الصعيد الفردي — محور العلاقة بين المسلمين وغير المسلمين ، وكان الجهاد — على الصعيد الدولي — قاعدة تنظيم العلاقة بين الدولة

الإسلامية والدولة غير الإسلامية . ولما كنت أنتوى مناقشة أحكام الذمة والأمان في مبحث لاحق فإنني اجترىء هنا بكلمة عن الجهاد .

الجهاد لغة هو في عشا هذا عدل القتال « جاهد العدو مجاهدة وجهاداً قاتله وجاهد في سبيل الله وفي الحديث لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد وبة الجهاد محاربة الأعداء وهو المبالغة واستفراغ مافي الوسع والطاقة من قول أو فعل والمراد بالنية إخلاص العمل أى أنه لم يبق بعد فتح مكة هجرة لأنها صارت دار إسلام وإنما هو في الإخلاص في الجهاد وقاتل الكفار » (راجع المجلد الأول من قاموس لسان العرب ص ٢٠١ ، اعداد وتصنيف يونس خياط ، طبعة دار لسان العرب - بيروت ، لبنان) .

وأعلب الظن أن المفهوم الفقهي للجهاد قد أخذ عن معناه اللغوي . وأياً كان الأمر فإن المعين - اللغوي والفقهي - لمصطلح الجهاد لا يتناقضان ذلك أن الجهاد في النظرية التقليدية هو واسطة لإرساء السيادة الإسلامية من حيث أن التمكن لدين الله يقتضى أن توفر للدين علوية قانونية وهيمنة سياسية ثم إن السيادة سيادة الله . والحق أن الجهاد بالمعنى الذى درج في كتابات الفقه الإسلامى الكلاسى لا يختلف كثيراً عن الحرب بمدركها عند العرب في الجاهلية حتى أن البعض رسم بأن الجهاد مترج يمتص الروح المسكرية المكاسمة في نفوس العرب . وتصور أصحاب هذا الرأى الخطير أن الجهاد في التاريخ الإسلامى عامل توسع وارتقاء أكثر منه عامل بناء . ولا مرية عندى في أن هذا الرأى إنما يصدر عن تأثر بمفهوم الجهاد الناذى الذى علب على الفكر الإسلامى الكلاسى وهذا ما أنكره وأنكر معه أن الإسلام اتخذ من الجهاد وسيلة تنغياً أساساً توسعة رقعة الدار والامتداد حول المدار ، ولكنى لا أنكر أن مدرك الجهاد في النظرية الإسلامية يمكن أن يقابل مدرك الحرب في النظرية الدولية المعاصرة مع خلاف في المنهج والغاية . فالجهاد في الإسلام نوعان :

(١) جهاد إبادة ضد المشركين والكفار في دار الكفر ، والمرتدين عن الإسلام في دار الردة .

(٢) جهاد توفيق ضد أهل الكتاب والبغاة فأبطل الكتاب بالخيار بين قبول الإسلام أو دفع الجزية (دار العهد ودار الصلح) .

أما البغاة فهم مسلمون على أى حال « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله » (الحجرات / ٩٠) .

ذلك أن المستقرىء لآراء الفقه التقليدى يحس بأن الجهاد دائماً ينصب أساساً على الجهاد ضد المخالفين .

والجهاد فرض كفاية بمعنى أنه التزام على الأمة فى جماعها وليس التزام فرد على حدة . وقد يكون فرض عين فى حالتين : الرباط ، وذلك على المقيمين على حدود الدولة ؛ والاستنفار — إذا مادعى ولى الأمر إليه .

والطريف أن الخوارج يعتبرون أن الجهاد هو الركن السادس فى الإسلام ، أما الجهاد عند الشيعة فيظل فى سبات إلى أن يعود الإمام المنتهى . ويريدون — كما يستدل على ذلك من أنباء الحرب الإيرانية العراقية — أن آيات الله أصبحوا يمارسون حق التفسير الذى يتضمن تحديد حالات الاجتهاد .

والجهاد عند الفقهاء الأوائل واجب مستمر إلى أن تخبر الفتنة ويصبح الدين كله لله .

وإذا سلمنا بأن الجهاد هو التصور الإسلامى للحرب فإن السؤال الذى يفرض ذاته وتستهمه دراسة تنغيا معالجة قانون السلام هو تحديد طبيعة ذلك الجهاد أهو دفاعى أم هجومى ، ذلك أن الجهاد الدفاعى يمكن أن يدور فى حلقة السلام أما الجهاد الهجومى فينقض دعوى السلام من أساسها لأنه لا يتسق إلا مع العلاقات العدوانية . إن الجواب على هذا السؤال يختلف حوله الآراء وتتصارع الأفكار ولذا أتناوله فيما يلى باختصار .

إن فكرة مشروعية الحرب تتضمن اتصالاً وثيقاً بفكرة تحريم الحرب فى بعض صورها . ويمكن أن أقرر — بصفة عامة — أن هناك مبدأ قديماً متفقاً عليه يسمع

الحرب إلا إذا بررها سبب خاص ولو أن هناك خلافاً حول تحديد ذلك السبب . فالرومانيون كانوا يتخذون من بعض الإجراءات الشكلية معياراً يفرق بين الحرب العادلة وغير العادلة ، وقد بنى حروسيوس تلك التفرقة وراح يجتهد في تعدد أنواع الحرب المتروعة وغير المتروعة . بيد أن هذه النظرة ضعفت في القرن التاسع عشر بسبب ازدهار مذهب السيادة القومية وأصبح من حق الدولة أن تشن الحرب حسبما يحلو لها مادام أنها لم ترتبط بمعاهدة تحرم عليها ذلك . غير أن الحرب العالمية الأولى وما خلفته من هلاك ودمار اضطر الجماعة الدولية إلى إعادة النظر في حق الدولة في شن الحرب الأمر الذي دعى إلى إبرام عهد باريس سنة ١٩٢٨ ، وتنص مادته الأولى على تحب الحرب كوسيلة لحل الخلافات الدولية وتدمغها كأداة للسياسة الوطنية في علاقة الدول بعضها البعض الآخر . وتعلن مادته الثانية اتفاق الدول المتعاهدة على تسوية كافة المنازعات — أيا كانت طبيعتها أو كان مصدرها — بالوسائل السلمية . وكان ذلك الميثاق هو ركيزة محكمة نورمبرج عندما قضت سنة ١٩٤٥ بأن الحرب العدوانية جريمة .

تم حاء ميثاق الأمم المتحدة الذي حرم استخدام القوة والتهديد باستخدامها . ومن ثم فقد عدت الحرب — من حيث المبدأ — ممنوعة ويحرم الالتجاء إليها إلا دفعا لعدوان دولي ، وهذا هو مايعرف اليوم بمبدأ الحرب العادلة .

لقد دعى النظم الخاطيء نفسراً إلى القول بأن لفظة الجهاد كما وردت في آيات القرآن — وكما فهمها المسيحيون والمسلمون معاً على أنها تسمى محاربة أهل الشرك — لم تستخدم مطلقاً في القرآن بهذا المعنى وأن اعطاء هذا المفهوم لها إنما جاء في فترة متأخرة تالية لنزول القرآن (راجع Chiragh

Ali-A Critical Exposition of the Popular Jihad, 1885, pp. 163, 170).

وعندى أن هذه نظرة متعالية لأن اللفظة استخدمت أحيانا بمعناها اللغوي وأحيانا بمعناها الفني ، والأمر متروك للمفسر لتحديد أى المعنيين هو

المقصود . وليس من جدل في أن اللفظة كانت تعنى — في الآيات المكية — معناها اللغوى ولكنها قد تشير إلى الحرب المقدسة في بعض الآيات المدنية . وأيا كان المعنى الذى يأخذه المفسر للكلمة فإننا لا نستطيع أن نكر أن الالتجاء إلى الحرب المقدسة أمر قد تفرضه ونبرر بعض الظروف .

وقد وردت في القرآن الكريم كذلك لفظة القتال ومستقاتها . ومن ثم فإن صياغة فكرة شاملة عن مدرك الحرب في النظرية الإسلامية لا يقتصر على تفهيم الآيات التى تشير إلى الجهاد بل يتطلب كذلك استفتاء الآيات التى تكلمت عن القتال .

الحرب في حق لديه شريعة: خيول، لله مسرجة :

أما وقد فُهِمَت من الآيات ، اختلف علماء من براى من بيننا الزبارة ، الكرم بروج ساحة منصه ، أد ، بلا حظ أن فقهاء المسلمين الذين ناهضوا عن كثرة الجهاد العدواني — ومن سار على دريهم من مستشرقين — إنما يستندون ، إلى آيات عزلت عن فحواها دون القاء نال إلى تكامل التركيب الذرى ، يحتويها بل ودون اهتمام بأصول التفسير السليم التى تقضى بأن أول ما يجب على المفسر عند تعارض النصوص هو أن يحصل على التوضيح ، بينها فإن خيم ، ذلك كان لكأن نص تنصيته التى يفتى فيها . كذلك تفهم أن أول الذمير بأن الأساس بمحضر العام لأنه أكثر تحديداً لإرادة الشارع — بيد أن الفقهاء المسلمين الذين أغفلوا تلك الأصول — انتهوا إلى تفسير عامض أو منتقد للنصوص القرآنية ، وذلك عيب يتضح بجلاء عندما نناقش ما ذهبوا إليه من آراء .

وأبدأ بتساجب الكفاية الذى يعبر رأيه بالآية الكريمة — « وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله » (البقرة / ١٩٣) . لقد نزلت هذه الآية في العام الثانى بعد إبرام عهد الحديبية وقت أن كان المسلمون يتجهزون للحج ولكنهم لم يكونوا على ثقة بنوايا أهل مكة وهل سيسمحون لهم بأداء شعائر الحج . ولم يكن المسلمون متحمسين لقتال أهل مكة إن هم منعوهم من البيت الحرام لأن

الوقت كان في الأشهر الحرام . ولذا حاءهم الإذن الإلهي بالقتال الدفاعي في حدود ماقررت الآية . وهكذا فإن أسباب النزول توضح أن الأمر بالقتال لم يستهدف القتال العدواني بل الدفاعي لأن لفظة « الفتنة » التي وردت في الآية الكريمة تعني أن الكفار من أهل مكة كانوا لا يزالون مستمرين في تعذيب المسلمين ، والقرآن يصف الفتنة بأنها أشد من القتل « والفتنة أشد من القتل » (البقرة / ١٩١) .

ويتأكد هذا الفهم إذا قرأنا باقي الآية (١٩٣) وماسبقها من آيات . إن عجز الآية (١٩٣) يقول « فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين » . وهذا يبين أن الأمر بالقتال كان ضد الظالمين ، والقتال ضد الظالمين صورة من صور الدفاع عن الذات . وتوضح الآيات السابقة على هذه الآية أسباب النزول فتقول « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين وقاتلوهم حيث ثقتموهم وأخرجوهم من حيث أخرجوكم والفتنة أشد من القتل ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فإن قاتلوكم فاقتلوهم كذلك حزاء الكافرين فإن انتهوا فإن الله غفور رحيم وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله ، فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين » (البقرة / ١٩٠ - ١٩٣) ، وإذن فالآيات صريحة في أن حق المسلمين في مقاتلة المسيكرين إنما يمارس فتنياً ضد الذين يتقاتلون المسلمين ، وقد ربطت الآية محل البحث (١٦٣) مع الآيات السابقة بواو العطف لتحديد الغاية من القتال وهو سحق الفتنة ، ولا شأن لها ببدء القتال ، فذلك أمر حكمت فيه الآية (١٩٠) .

ويذهب البعض في تفسير قوله تعالى « ويكون الدين لله » (البقرة / ١٩٣) إلى أن المقصود هو أن يصبح الإسلام دين الجماعة الدوائية قاطبة . ولكن هذا التفسير يناقض باقي الآية حيث تقول « فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين » والانتفاء هنا هو الانتهاء من الفتنة لأن الدين مسألة بين المرء وربّه

وليس لأحد أن يتدخل في تلك العلاقة مابقيت خافية . وإذن فمعنى الآية هو أن يوقف القتال إذا ماتوقف المشركون عن فتنه المسلمين بالقوة .

ويضيف العيني إلى ذلك الآيات التالية :

- ١ — « كتب عليكم القتال وهو كره لكم وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم » (البقرة / ٢١٦) .
- ٢ — « فإذا انسلكوا الشهر الحرام فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذلهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد » (التوبة / ٥) .
- ٣ — « فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا أيمان لهم لعلهم ينتهون » (التوبة / ١٢) .
- ٤ — « فقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله » (التوبة / ٢٩) .
- ٥ — « انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وانفسكم في سبيل الله » (التوبة / ٤١) .

وأناقش ذلك في إيجاز . فالآية الأولى التي أوردها العيني من سورة البقرة يصدق عليها ما أسلفت من بيان ؛ الأمر الذي يزيكه أن الآية التي تليها تقول « يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير وصد عن سبيل الله وكفر به والمسجد الحرام وإخراج أهله منه أكبر عند الله والفتنة أكبر من القتل ولا يزالون يقاتلونكم حتى يردوكم عن دينكم إن استطاعوا » (البقرة / ٢١٧) ، فالآية تذكر بعدوان المشركين وإصرارهم على فتنه المسلمين عن دينهم . أما القول بأن القتال قد كتب على المسلمين فلا يفسر على أنه إجارة للقتال العدواني لأن هذا وصف لم يرد في الآية وهي لا تعني سوى تقرير حقيقة في الحياة الدولية للجماعة الإسلامية تلك هي أن الحرب غدت جزءاً من النظام الدولي الإسلامي تماماً كما نقول اليوم إن قانون الحرب جزء من القانون الدولي العام دون أن يعني هذا أن قانون الحرب يفرض الحرب أو أنه لا ينظم

إلا الحرب العدوانية فحسب . ولا ننسى أن الآية استخدمت هنا لفظة « القتال » ولم تستخدم لفظة « الجهاد » .

أما الآية الخامسة من سورة التوبة فيجب أن تقرأ مع الآيات ١ — ١٣ من السورة ذاتها حتى نستطيع أن نتيين معناها الصحيح . ونص الآيات الكريمة كالتالى :

« راءة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا فى الأرض أربعة أشهر واعلموا أنكم غير معجزي الله وأن الله مخزى الكافرين ، وأدان من الله ورسوله إلى الناس يوم الحج الأكبر أن الله برىء من المشركين ورسوله فإن تبتم فهو خير لكم وإن توليتم فاعلموا أنكم غير معجزي الله وبشر الذين كفروا بعذاب الله . إلا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئاً ولم يظاهروا عليكم أسداً وآتوا إليهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين . فإذا انسלخ الأصنام المرام فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذلوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا واقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم إن الله عفور رحيم . وإن أحد من المشركين استحارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه رسالة ذلك بأنهم يوم لا يعلمون . كيف يكون للمشركين عهد عند الله ورسوله إلا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم إن الله يحب المتقين . كيف وإن يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم إلا ولا دمة برصونكم بأفواههم وتأبى قلوبهم وأكثرهم فاستون . استروا نآيات الله تمنا قليلا فصدوا عن سبيله إنهم ساء ما كانوا يعملون . لا يرقبون فى مؤس إلا ولا دمة وأهلكهم المعتدون . فإن تابوا واقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فإخوانكم فى الدين ونفصل الآيات لقوم يعلمون . وإن نكثوا إيمانهم من بعد عهدهم وطعموا فى دينكم فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا إيمان لهم لعلمهم ينتهون . ألا تقتاتلون قوماً نكثوا إيمانهم وهموا بإخراج الرسول وهم بدؤكم أول مرة ٥ أتخشونهم فالله أحق أن تخشوه إن كنتم مؤمنين » .

وجلى أن الآية الأولى التى تحدد لمن وجهت الآيات إنما تتوجه إلى « المشركين » وأنها تخص من بين المشركين أولئك الذين لا عهد لهم والذين « إن يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم إلاّ ولا ذمة » . والحق أن تلك الآيات نزلت في المدينة وقت أن انتهكت قريش عهد الحديبية وهاجم حلفاءها حلفاء المسلمين من بنى حزاعة . ولذا فإن الآيات أعطت قريشاً أربعة أشهر للتسليم وإلا هاجمهم المسلمون . والذي حدث أن مكة استسلمت ولذا فإن الآيات لم تطبق عملاً . ولذا استنت الآيات صراحة الذين لم ينقضوا العهد ولم يظاهروا على المسلمين والذين عاهدوا واستقاموا على عهدهم . وبدهى أن هذا المنطق يسقط ضمناً احتجاج العيني بالآية الثانية العشرة من سورة التوبة والتي اجتزأ العيني منها ما يؤيد دعواه ولو أنه ذكرها كاملة لانهار استشاده لأن الآية تبدأ بقولها « وإن نكثوا إيمانهم من بعد عهدهم وطعنوا في دينكم » فكان ذلك الصدر هو حيثة الإذن بالقتال . وذلك أيضاً هو مافعله العيني في الآية ٢٩ فالذى ذكره هو جزء من الآية وقد ذكره على نحو يعمى معنى الآية لأن الآية متكاملة تدل على أن الحكم يتعلق بفريق فحسب من أهل الكتاب حيث ورد فيها قوله تعالى « من الذين اوتوا الكتاب » . وتبعاً فإن القتال إنما يوجه إلى أولئك من أهل الكتاب الذين ارتكبوا الفعال التى وصفت في صدر الآية (أنظر عزت دروزة — الدستور القرآنى في شؤون الحياة ، القاهرة ، ص ٢٣٥) ويختلف الشراح حول هذه الآية فالبعض يقول إنها كانت مقدمة لحملة تبوك التى تجهز لها المسلمون ضد بيزنطة في قيظ الصيف المميت ، والبعض يقول إنها تتعلق بحملة خيبر ، والأمر هنا سيان لأن الحملتين جهزتا لاعتبارات دفاعية وليست عدوانية ، وإذن فالآية لا تأمر بقتال أهل الكتاب كافة وإنما تخص منهم فريقاً لا يؤمن بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرم ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق . وذلك فهم يزيكه ماجاء في الآيتين ٣٢ ، ٣٤ من السورة ذاتها . يقول عز من قائل « يريدون أن يطفئوا نور الله بأفواههم ويأبى الله إلا أن ينم نوره ولو كره الكافرون » . « يأبى الذين آمنوا إن كثيراً من الأحبار والرهبان ليأكلون

أمرال الناس بالناسط ويصدون عن سبيل الله » . وإذن فالأمر متصل بمحاولات يقوم بها فريق من أهل الكتاب لخاربة دين الإسلام .

ويذهب العيني إلى أن الآية ٢٩ من سورة التوبة — مربوطة بالآية ١٩٣ من سورة البقرة — تنسخان الآية ١٩١ من سورة البقرة ، ولكن هذا الزعم لا يقوم على أساس ، ثم إن الآيتين اللتين ذكرهما (البقرة / ١٩٣ والتوبة / ٢٩) لا تحضنان على حرب عدوانية ، كما أوضحت آنفا .

أما الآية ٤١ من سورة التوبة فتستحث المسلمين على محاربة ييزنطة . والتقصه أن الرسول صلى الله عليه وآله بأن ييزنطة تعد العدة لنهر الجزيرة العربية واستئصال الإسلام فلم يكن أمامه من بد في صيف سنة ٦٣٠ م ، وعلى الرغم من نكوص بعض أسماحه ، إلا أن يدعو إلى هجوم مضاد ، فلما وصل جيش المسلمين نبرك كانت قوات ييزنطة قد انسحبت . ولما كان العصد من الحملة دفاعياً فقد عاد الرسول صلى الله عليه وآله دون قتال (أنظر محمد حسين هيكل — حياة محمد — القادة ١٩٣٥ ، ص ٤٢٥ — ٤٣٠) وستطيع أن يؤيد هذا التفسير بما جاء في الآيات ٣٨ — ٤١ من السورة دالاً على أن هذه الآية فيها . وأورد فيما يلي نص الآيات الكريمة . « يا أيها الذين آمنوا مالكم إذا قيل لكم انفروا في سبيل الله أثقلتكم إلى الأرض أراضيتكم بالحياة الدنيا من الآخرة فما متاع الحياة الدنيا في الآخرة إلا قليل . إلا تنفروا يعذبكم عذاباً أليماً ويستبدل قوماً غيركم ولا تشرؤهم شيئاً والله على كل شيء قدير . إلا تنصروه فقد نصره الله إذ أخرجه الذين كفروا ثاني اثنين إذ هما في الغار إذ يقول لصاحبه لا تحزن إن الله معنا فأنزل الله سكينته عليه وأيده ببحرود لم تروها وجعل كلمة الذين كفروا السفلى وكلمة الله هي العليا والله عزيز حكيم . انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون . لو كان عرضاً قريباً وسفراً قاصداً لاتبعوك أولكن بعدت عليهم الشقة وسيحلفون بالله لو استطعنا لخرجنا معكم يهلكون أنفسهم والله يعلم إنهم لكاذبون » .

إن الآيات — كما هو واضح من سياقها — تعيب على المسلمين الذين تخلفوا عن القتال وتطالبهم بأن ينمروا خفافاً وثقالاً وأن يجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله ولكنها لا تأمرهم بقتال عدوانى . إن كل ماتتغياها الآيات هو تحذير المسلمين من التحلف عن دعوة الإمام للجهاد .

ويعتمد ابن حجر والخلبى على الآية ٣٦ من سورة التوبة — التى يسميها البعض بآية السيف — وتقول الآية « وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة واعلموا أن الله مع المتقين » . إن منطق الفقهاء فى الاستشهاد بهذه الآية يعتمد على أن لفظة « كافة » تعنى كل فرد دون استثناء وهذا ينتهى بنا إلى منطق متناقض لأن القول بأن الآية تعنى أن كل فرد مسلم — بلا استثناء — مأمور بأن يقاتل كل فرد مشرك — بلا استثناء — لا يتفق مع المدأ الذى اوردته الآية ١٢٢ من السورة ذاتها « وماكان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين وليذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون » . ثم إن الآية تشير إلى أن المشركين يقاتلون المسلمين وتبعاً فإن قتال المشركين فى منطق الآية الكريمة هو قتال دفاعى لأن الآية استخدمت الفعل المضارع فى وصف قتال المشركين الأمر الذى يدل على أنه قتال ظل مستمراً إلى وقت نزول الآية بل لعله باق إلى الآن . والرأى الذى ارجحه هو أن لفظة « كافة » كانت تعنى الوحدة وليس التمول العددى ، أى أنه الأمر هو أن يحرص المسلمون على وحدتهم فيكونوا يداً واحدة فى قتال المشركين لأن ذلك هو مايفعله المشركون فى قتالهم . وفى قول آخر فإن الآية تحت المسلمين على طرح خلافاتهم وراء ظهورهم لدى قتالهم للمشركين .

ونجمل من المستشرق البريطانى توماس ارنولد أن يقول إن النظرة إلى الجهاد على أنه حرب عدوانية إنما تعود إلى بعض الفقهاء المسلمين وأن يعلق بأن تلك النظرة لا أساس لها من القرآن وإنما ترجع إلى اجتراء بعض الآيات من مواقعها بعيداً عن كامل مضمونها (انظر Arnold, Sir Thomas- The Preaching of Islam, 3

ed., London 1935, p. 352.)

نقبت آيات ثلاث في القرآن يمكن أن تكون دريعة من يدعى أن النظرية الإسلامية تقوم على الحرب العدوانية . وأول هذه الآيات هي قوله تعالى « وقاتلوا في سبيل الله واعلموا أن الله سميع عليم » (البقرة / ٢٤٢) .

وقد ربط المراغي في تفسيره لتلك الآية بينها وبين الآية السابقة عليها (البقرة / ٢٤٣) ونصها « ألم تر إلى الذين خرجوا من ديارهم وهم ألوف حذر الموت فقال لهم الله موتوا ثم أحياهم إن الله لذو فضل على الناس ولكن أكثر الناس لا يشكرون » . ويقول إن هذه الآية سبقت لإقناع المسلمين بالدور عن استئصال دولتهم وحققها في البقاء وهو موصوع الآية ٢٤٢ ، وذلك بالربط بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة وإبرار مدى تشابك المصلحتين . ويؤكد المراغي أن هذه الآية لا شأن لها بالحرب العدوانية . وأغلب الظن أن هذه الآية نزلت في أول عهد المسلمين بالمدينة وقبل معركة بدر وقت أن كان المسلمون لا يزالون متأثرين بسلوكهم في مكة ألا وهو عدم الالتجاء إلى العنف (راسع أحمد مصطفى المراغي — تفسير المراغي — القاهرة ١٩٨٣ ، ص ٢٠٦ — ٢١٠) . ثم إن لفظة « قاتلوا » لا تعني حتماً ولزماً أن يكون القتال عدوانياً لا سيما وقد قيدت الآية القتال بأن يكون في سبيل الله ، والله لا يحب المعتدين .

والآية الثانية هي الآية ٧٣ من سورة التوبة وتقول « يأياها النبي جاهد الكفار والمنافقين واغلق عليهم ومأواهم جهنم وشئ المصير » . والحق إننا لا يمكن أن نفهم الجهاد في هذه الآية على أنه الجهاد العسكري ذلك أن الآية تتعلق بالكفار والمنافقين معاً . ومن أحكام النظرية الإسلامية أن المنافقين مسلمون وتبعاً فلا يمكن قتالهم أو رفع السيف في وجههم . ولو أن الجهاد في هذه الآية يعني القتال لا تقاعس الرسول ﷺ عن تنفيذه ضد المنافقين . إن موقف الرسول من المنافقين تصفه الآية ٤٨ من سورة الأحزاب وتقول « ولا تطع الكافرين والمنافقين ودع أذاهم وتوكل على الله وكفى بالله وكلاً » . والآية صريحة في استبعاد الجهاد العسكري في علاقة الرسول ﷺ

بالمنافقين. وتؤكد هذه النظرة الآية ٧٤ التي تلى الآية محل المناقشة مباشرة ونصها « يخلفون بالله ما قالوا ولقد قالوا كلمة الكفر وكفروا بعد إسلامهم وهموا بما لم ينالوا وما نقموا إلا أن اغناهم الله ورسوله من فضله فإن يتوبوا يك خيراً لهم وإن يتولوا يعدبهم الله عذاباً أليماً في الدنيا والآخرة وما لهم في الأرض من ولي ولا نصير ». إن هذه الآية توضح السبب الذي من أجله طلب إلى المسلمين مجاهدة المشركين والمنافقين فهي تتم المشركين والمنافقين بارتكاب ذنوب وتطلب أن يكون الجهاد هو القصاص لذلك . ولذا فإننا حتى لو فهمنا الجهاد بأنه جهاد عسكري فنحن لازلنا أمام صورة من صور الدفاع وليس العدوان . إن الجهاد هنا ردع يدفع عن الذات أو مساعدة للذات .

أما الثالثة فهي الآية ١٢٣ من سورة التوبة « يأيا الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفار وليجدوا فيكم غلظة واعلموا أن الله مع المتقين » . والحق أن هذه الآية تناقش مسألة اجرائية وليست موضوعية . فهي تعالج التكتيك الإسلامي وتوضح بأن أسلم طريقة لهزيمة العدو هو البدء بمن هو أقرب من الأعداء لأنه هو العدو الأكثر تهديداً . ومن ثم فإننا يجب ألا نتوسع دون مبرر في تفسير الآية فنزعم بأنها تفرض حكماً موضوعياً عاماً ينطبق على الكفار جميعاً .

ويزيد مشكلة فهم أحكام الآيات القرآنية بالنسبة للجهاد ما يقول به نفر من المستشرقين الذين قد يكون لهم بعض العذر لأن الكثير من ترجمات معاني القرآن الكريم ليس دقيقاً .

ويحلون هنا ان اذكر بأن من بين الوسائل التي يسلكها القرآن الكريم في تعليم الناس اعطاء الأمثلة العملية والتعليق عليها هداية للبشرية — ومن ثم فإذا أورد القرآن نموذجاً على أنه حسن فلا بد أن يكون هذا من بين التماذج التي يستهد بها المسلمون والعكس صحيح . وجدير بالذكر أن كثيراً من الأمثلة التي ضربهها الله للناس في شأن العلاقات الدولية إنما تتعلق بالدبلوماسية اليهودية . ومن أمثلة القصص القرآني ذي المغررى الدولي قصة فرعون « إن

فيه المسلم بأنه « من سلم الناس من يده ولسانه » ويذهب البعض إلى أنه « من سلم المسلمون من يده ولسانه » . إن هذا الوصف هو الخلفية التي يجب أن تفسر أحاديث الجهاد في إطارها .

يورد العيني في « النايه » قول الرسول « إن الجهاد باق إلى يوم القيامة » .
 ويذكر الحديث « من سلم الناس من يده ولسانه » ، ولكن هذا الحديث مرفوض لأن النبي
 لم يقل ذلك . بل قال « من سلم الناس من يده ولسانه » . ومع ذلك ، فإن
 بناء الجهاد إلى يوم القيامة لا يعني سوى أن المسلمين سربوا « الجهاد » باستمرار
 بالدفاع عن دينهم إلى يوم القيامة .

والحديث الثاني يقول « أمرت بأن أقاتل الناس حتى يشهدوا ما في إله إلا
 الله » . وطبيعي أن الحديث لا يمكن أن يناقض القرآن ولذا فإننا لا نرى أن
 نهم هذا الحديث على أنه أمر بمهاجمة عدواني حيث إن القرآن كما هو مفسر
 فيه أمر بمهاجمة الناس . إن الأمر الذي يستلزم إليه الحديث هو « أن
 لا يسلم » أن الله قد أمر رسوله بشن حرب ضد الناس إلى أن يدخلوا
 الإسلام بينما يقول تعالى في محكم كتابه « ادع إلى سبيل ربك بالحكمة
 والموعظة الحسنة » . وإذا فالمنهزم المطبق للحديث هو أنه لا يتعلق بطلب
 الحرب وإنما بطلب بإنهاء الحرب ، وفي قول آخر فإن الحديث يعني أن الرسول
 ﷺ قد أمر بإنهاء القتال إذا ما شهدا الناس الذين بدلتهم بوحدة الله .
 ولا ننسى أن الرسول قد أمر « سبي أبناء نساء القتال » بإجباره المشترك
 الذي يستتبعه « وإن أحد من المسلمين آمن ، فإياه وأحراره سبي » . سمع كلام الله
 ثم أبلمه مأمونه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون » (البقرة / ١٩١) .

وبعد على العفل أن يتقبل فكرة أن الرسول كان ييسر بحرب عدوانية في
 ظروف كتلك ، التي عاش فيها وفاء ، بدأت باعتداء قريش عليه في مكة ثم طلب
 قريش تلاحقه حتى بعد هجرته إلى المدينة . وقد جعلت منه قريش خارجا على
 قانونها بل إنه في داخل المدينة كان يواجه المفاقيين واليهود . فكيف يتسنى

لِلرَّسُولِ ﷺ وَقد خَبرَ تلكَ الحَياةَ القَلقةَ أَن يَكونَ مَعتدِياً، وَهَلْ يَمكِنُ أَن نَجِدَ تَفسِيراً لالتَحائِهِ إلى القُوَّةِ في غَيرِ مَدركِ الدِّفاعِ الشرعِيِّ .

يَدعِى البَعضُ أَن الرُّوحَ العَدوانِيَّةَ تَبَدَّتْ في الرِّسائِلِ الَّتِي بَعَثَ بِهَا الرَّسُولُ إلى مَلكٍ وَحُكَّامِ الدُّولِ المَجاوِرَةِ ، وَتلكَ دَعوى لَعمرِ الحَقِّ باطِلَةٌ فَالرَّسُولُ ﷺ كانَ يَدعُوهُمَ بِدَعوَةِ الإِسلامِ وَيَنصَحُهُمُ بِأَنِ اسْلَماهُمُ يوفِّرُ لَهُمُ السَّلامَ .

وَهَكَذا أَقولُ في صَدقٍ وَإِيمانٍ إِنَّ الآياتِ الكَرِيمَةَ وَالْأَحاديثَ الشَّرِيفَةَ لا تَهْضُ دَليلًا عَلى أَن الجِهادَ في النَظَريَّةِ الإِسلامِيَّةِ جِهادٌ عَدوانِي . وَلَقَدْ ذَهَبَ فَفَهاءُ الحَقْبَةِ الأَوَّلَى — مِثْلُ ابنِ عَمَرَ وَابنِ شَيْبَةَ وَعِطاءُ وَسَفيانُ النَوَوى — إلى أَنَّ الحَرْبَ لَيسَتْ وَاجِبًا دَنيًا وَأَنَّهُ لا إلْزامَ فِيها إِلَّا جُذْدًا مَن يَعتَدونَ عَلى المُسْلِمِينَ .

وَحَرى بِالذِّكْرِ أَيْضًا أَن أوردَ هَنا كَلِمَةً عَنِ السَّنَةِ الشَّرِيفَةِ الَّتِي تَسْتَفادُ مِنْ مَمارَساتِ الرَّسُولِ ﷺ لَنرى إلى أَى مَدى تَتواءَمُ أو تَتعارَضُ مَعَ مَدركِ الجِهادِ العَدوانِيِّ .

لَقَدْ كانَ العَمودُ الفَقْرى لِّلِسياسةِ الخَارجِيَّةِ لِدولَةِ المَدِينَةِ في عَهدِ الرَّسُولِ هُوَ العَمَلُ عَلى تَوحيدِ العَرَبِ وَهُوَ قَريبٌ مِمَّا نَظَلُّقُ عَلَيهِ اليَومَ مُصْطَلَحُ « القُومِيَّةِ العَرَبِيَّةِ » ، وَلَمْ تَكنْ هَذِهِ السِّياسةُ لِتَتَقَيَّدَ بِمَبادِئِ القانُونِ الدَولِيِّ في مَفهومِها الدَقِيقِ لِأَنَّ القانُونِ الدَولِيَّ لا يَهْتَمُّ كَثيرًا بِنَظَرياتِ القُومِيَّاتِ وَلا بِالخَطَواتِ القُومِيَّةِ الَّتِي تَؤدِي إلى تَحولِ الأُمَّةِ إلى دَولَةٍ . وَلِذا فَإِننا لَنَسْتَطِيعُ أَن نَقِيسَ العِلاقاتِ الدَولِيَّةَ الخَارجِيَّةَ لِلدَولَةِ الإِسلامِيَّةِ الناشِئَةِ حِيالِ الدُولِ غَيرِ الإِسلامِيَّةِ عَلى نَماطِ السِّياسةِ الخَارجِيَّةِ لِلدُولِ المَعاظِرَةِ لِأَنَّ الكَثيرَ مِنْ مَفاهِيمِ تلكَ السِّياسةِ كانَ مَوجَّهاً إلى العَرَبِ . ذَلِكُ أَنَّ النَظَريَّةَ الإِسلامِيَّةَ تَعتَبِرُ أَنَّ الرَجَدَةَ العَرَبِيَّةَ هِيَ حَجرُ الزَوايَةِ في تَدعيمِ أركانِ دارِ الإِسلامِ وَنَقطَةُ البَدايَةِ في دَعَمِ الإِعلامِ الإِسلامِيِّ . وَمَنْ ثَمَّ فَإِنَّ بَعضَ التَصَرُّفاتِ الَّتِي وَجَّهَتْ لِلْمُشْرِكِينَ العَرَبِ وَالَّتِي قَدْ يَرى فِيها بَعضُ الفُقهاءِ مِثلاً لِلجِهادِ العَدوانِيِّ لا تَمَثِّلُ نَموذَجاً لِّلِسياسةِ العامَّةِ

للدولة الإسلامية . ومع ذلك فإن الدولة الإسلامية ! تتخذ موقفاً عدوانياً من مشركي نعر على الرغم مما عاناه النبي من عدوانهم ومالقيه من عنتهم لقد رصد مشركو مكة جائزة سخية لمن يأتي بمحمد حياً أو ميتاً واتصلوا بعبد الله بن أبي راس النفاق في المدينة لليل من محمد . واستخدموا قوافلهم في الشتاء والصيف لاستعداد القبائل عليه ، وشجعهم اليهود في مسعاهم . ولم يكن عجباً أن يعلنها أبر جهل عالية مدوية في الحرم أمام سعد بن معاذ إن عداوة مكة للمدينة لن تهدأ ما بقي محمد بين طهراني أهل المدينة . وهكذا كانت حياة الرسول في خطر والمدينة تتوقع حركات عدوانية من مكة بين لحظة وأخرى بل وتهددها حرب أهلية في داخلها — وسعاً فإن رَحلاً يعيش في مثل هذه الظروف لا يمكن أن يقال عنه إنه معتد إن هو بلأ إلى القوة صد قردن للذود عن دينه وداره .

أما علاقة الرسول ببيزنطة فيحب ألا يغيب عن بالنا ونحن نقولها أن سوريا — وهي الحازرين الجزيرة وبيزنطة — أرض عربية ، والمطامير ، إذ أننا نحاول في حوزة القومية العربية . ومع ذلك فإن أول حملة وجهها الرسول إلى سوريا كانت لأغراض دفاعية . ويعترض البعض بزعم أن هذه الحملة كانت انتقاماً لمقتل الخمسة عشر مسلماً الدين وجههم الرسول ﷺ إلى ذات الطلع للتبشير بالإسلام . ويزعم آخرون أن ذلك كان اقتصاصاً لمقتل مبعوثه إلى حاكم بصره . والحق إننا حتى لو سلمنا بصحة هذا الاعتراض فإنه يزكي أن الحملة كانت رداً على تصرف عدواني ضد المسلمين . كذلك كانت حملته إلى تبوك حملة دفاعية كما أسلفت .

وهكذا فإن الرسول لم يتن في حياته حرباً هجومية وإنما كانت حروبه كلها دفاعية ، الأمر الذي يؤكد أن الجهاد دفاعي .

يتضح مما سلف أن فكرة الجهاد العدواني هي من خلق فقه زاغ بصره في القرآن وضلت نظرتة في الحديث وأن المذهب التقليدي إنما يعكس تأثيره بالظروف التي عايشها في العصرين الأموي والعباسي فلا غرو أن يقم البعض

مقارنة بينه وبين التصور الإغريقي الرومانى للقانون الدولى من حيث الطبيعة الدينية للحرب وتقسيم العالم إلى قسمين : عالم الرومان وعالم البرابرة .
إن القاعدة الذهبية التى تحكم نظرية الحرب فى الإسلام هى فيما اعتقد قوله تعالى « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا » (البقرة / ١٩) .

إننا نعيش اليوم فى عالم يحرم — ولو نظرياً — استخدام القوة أو التهديد باستخدامها وبضيق من حدود الدفاع الشرعى ومن ثم فإن التمسك بالمفهوم التقليدى للجهاد على أنه قتال فحسب قد يضيف ذريعة يحتج بها الطاعنون على فكرة السلام فى الإسلام . ولا إخالنى إزاء هذا إلا مؤيداً للرأى بأن الجهاد يمكن أن يعنى اليوم مفهوماً أوسع ينمّل — إلى جانب القتال — وسائل أخرى من الإكراه غير العسكرية ولعل الإكراه غير العسكرية النموذجى هو الإكراه الاقتصادى ذلك أن الاقتصاد عدا فى العلاقات الدولية المعاصرة بمثابة عمودها الفقرى ، ومن هنا فإن الحزاءات الاقتصادية قد تكون أشد وأنكى فلا عرو أن اصنف المقاطعة البترولية فى أوائل السبعينيات على أنها صورة من الصور الحديثة للجهاد . وأجد لقولى هذا دعامة فى الآية الكريمة . « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل » (الانفال / ٦٠) ذلك أن رباط الخيل قد يكون إشارة إلى القوة المسلحة ، أما لفظة « القوة » التى اطلقت دون قيد فتصرف إلى كافة أنواع القوة ، وفى قول آخر فإن القوة — وقد وردت دون أوصاف — يجوز أن تكون قوة اقتصادية . وأرانى غير بجانب للحق ولا للمعرفة العلمية إذا قلت إن المبدأ العام فى السلام هو « فما إستقاموا لكم فاستقيموا لهم إن الله يحب المتقين » (التوبة / ٧) .

يهدون بالحق وبه يعدلون :

يبد أن الذى احب أن أسجله هنا هو أن الحضارة الإسلامية تحملت أمانة التقدم الإنسانى فى الشرق ومناطق من الغرب خلال العصور الوسطى ، وأن الفكر الإسلامى كان المعبر الذى عبرت عليه أفكار ثقافة اليونان والرومان إلى الغرب سواء أكان ذلك عن طريق إيطاليا واسبانيا أم إبان الحروب الصليبية .

ولا ننسى — ونحن في مجال التحدث عن الخلفية التاريخية للقانون الدولي — أن الفقه الإسلامي كان أول فقه يميز في الدراسة بين القانون والسياسة . وأن دراسة القانون الدولي — كفرع من الدراسة القانونية الخالصة — قد تحققت على يد المجتهدين المسلمين قبل نيف وثمانية قرون من ظهور جروسوس وأسلافه من الفقهاء اللاهوتيين العربيين . وتفخر الآثار الإسلامية بكتاب « السير الكبير » لمحمد بن الحسن الشيباني الذي يوضح أحكام سلوك الدولة الإسلامية حيال المشركين والكفار . بل وقد سبق هذا الكتاب في تاريخه مراسيم جراسيان Gratien بثلاثة قرون إن صح أن نعتبر هذه المراسيم بمثابة تقنين مبكر لقانون الحرب العربي .

يقول نيس إن المسلمين قد وضعوا قواعد إنسانية للحرب منذ عهد مبكر وهي التي أخذ منها الإسبان أفكارهم الأولى في أحكام الحرب (Nys, Ernest ; Les Origines du Droit International, Bruxelles, 1894, pp. 201-210) . يدعو في هذا بحق لأننا نشهد مدى تأثير الفكر الإسباني بالمفاهيم الإسلامية إذا رجعنا إلى القواعد التي ضمتها الأجزاء السبعة Siete Partidas الإسبانية .

لقد كانت، دمشق وبغداد وقرطبة والقاهرة مهائض التراء ومراكز الثقافة وفيما بينها تقع أوروبا غارقة في ظلام العصر الوسيط حيث مارس العرب نشاطاً تجارياً ملحوظاً وصل بهم إلى أقصى الشمال دليله العملات العربية الكثيرة التي عثر عليها في السويد . وعن هذا الطريق — أي طريق التجارة — كان للعرب تأثيرهم على المبادئ القانونية عموماً ، فلا غرو أن يشيد بعض المستشرقين بالمستوى الرفيع للفكر القانوني الإسلامي وخاصيته المتجددة التي أهلتها لأن يبقى بمؤثراته مع مسيرة الزمان .

إنني لا أدعي أن الإسلام جاء خلافاً في كافة مناحي الدراسة القانونية ولكنه كان — على الأقل — يمثل وثبة عريضة بالنسبة لما سبقه من نظم إغريقية ورومانية فهو أول من رتب أحكاماً تقر للعدو بحقوق واضحة سواء أكان ذلك في الحرب أم في السلم .

وإذا كانت بعض المؤلفات قد ذكرت طرفاً عن المعاهدات التي أبرمها إمبراطور بيزنطة — ثم من بعده المدن الإيطالية — مع حكام المسلمين على أنها من عوامل التأثير في تطور القانون الدولي ناسبة ذلك الجهد إلى بيزنطة أحياناً وإلى المدن الإيطالية أحياناً فإنه يمكن أن ينسب أيضاً — وعلى المستوى ذاته — للدولة الإسلامية .

قلت في خطبة الكتاب إن بعض مؤرخي القانون الدولي الغربيين يهتمون القانون الدولي الإسلامي بأنه غامض وشحيح القواعد وأن أهم موضوعاته هي الحرب (Nussbaum, op. cit., p. 51) . وهذا القول فيه افتئات وقصور . أما أن أحكام القانون الدولي الإسلامي غامضة وشحيحة فهذا مأتولى الرد عليه على مدى الدراسة التي يشملها هذا الكتاب . وأما أن القواعد التي اهتم بها الفقهاء المسلمون التقليديون كانت تنصب أساساً على الحرب فهذا أمر مرجعه ظروف الدولة الإسلامية التي عاشت في حروب شبه مستمرة . وسبق أن قلت إن جروسيوس سلك المسلك ذاته في كتابه عن الحرب والسلام ولم يكن هذا مأخذاً يؤخذ عليه لأنه إنما كان يستجيب إلى حاجات عصره .

ليس من جدل أن الدولة الإسلامية — التي قامت منذ منتصف القرن السابع الميلادي — جاورت بتخومها في العصور المختلفة جماعات غير إسلامية ، وأن الدولة الإسلامية قامت بينها وبين تلك الجماعات علاقات تطلبت وضع قواعد لتنظيمها ، ولذلك أورثتنا الدولة الإسلامية نظاماً من القانون الدولي هو مانعبر عنه بالفقه الدولي الإسلامي . وقد حرت عادة الفقهاء المسلمين الأوائل على معالجة ذلك الشطر من الفقه تحت عنوان « السير والمغازي » لأنها كانت في غالبها سيرا في المغازي .

والحق أن تلك المجموعة من الفقه الإسلامي لم تلق ما هي جديرة به من عناية الباحثين احدثين في تاريخ القانون الدولي العام وأحكامه إذ تزعم جمهرة من الكتاب الغربيين أن القانون الدولي المعاصر هو ثمرة من ثمار الحضارة المسيحية

أن جذوره الأولى تعود إلى عصرى الإغريق والرومان مسقطين من حسابهم حقبة العصر النوسيط حيث ازدهرت المبادئ الدولية الإسلامية .

إن تبين الحقيقة في هذا الخصوص يقتضى أن نقارن ما خلفه لنا الإغريق والرومان من مبادئ دولية بما هو قائم إلآن لنرى ما إذا كانت الأفكار الإغريقية والرومانية هى حقاً الأصل التاريخى للقواعد المعمول بها إلآن أم أننا يجب أن نبحت عن أصل تاريخى آخر لهذه القواعد .

عرفنا مما سبق أن القواعد التى وضعت لتنظيم العلاقات الدولية فى عهد الإغريق كانت قاصرة على علاقة المدن الإغريقية بعضها ببعض الآخر ، فهى إذا كانت نظاماً خاصاً بشعب من جنس واحد يتكلم اللغة ذاتها ويدين بالعقيدة عينها ويرعى عرفاً مشتركاً ، وإن كان قد انقسم إلى وحدات سياسيه متبيرة . أما الشعوب الأجرى فكانت شعوباً بربرية ، وكان هم المدن الإغريقية هو أن تفرض سيادتها عليها وتمتد نفوذها إليها . ولعل خير مايزكى نظرتنا فى هذا المضمار هى سياسة الإسكندر المقدون الذى سعى إلى السيطرة على العالم أجمع ليجعل منه مملكة واحدة تدين للإغريق بالولاء والطاعة . فلما انهارت الدولة الإغريقية وآلت الامور إلى روما آلت معها كذلك فكرة السيطرة العالمية ، وفعلاً تمكنت روما من جعل البحر المتوسط بحيرة رومانية . وبفضل هذه العسكرية الرومانية عاش العالم فترة ما فى سلام يسميه المؤرخون بالسلم الرومانى Pax Romana . ولم يكن هذا السلم قائماً على تعادل القوى بين دول متساوية بل كان نتيجة روح مهيمنة تسعى لقيام دولة عالمية . وهكذا نجد أن علاقة كل من الإغريق والرومان بغيرهم قامت على نزعة الغلبة والاستعلاء ولذا فإن قانونهم الدولى — إن صحت التسمية — كان يهدر كل حق للمحارب ولا يجعل للعدو الأجنبى حقاً سواء فى السلم أم الحرب . فهل يمكن أن نقول إن هذا التراث الإغريقى الرومانى هو الأصل التاريخى للقانون الدولى المعاصر لا سيما فى نطاق الحرب حيث نقر اليوم للمحارب بحقوق تظل ملزمة لخصمه على الرغم من قيام الحرب ؟!

لا أظن أننا في حاجة إلى إعمال الفكر لنفى الصلة التاريخية بين الفكرتين :
الإغريقية الرومانية والحديثة . وإذن فأين نتحسس ذلك المصدر التاريخي ؟ .

قد يقول قائل إن المبادئ المسيحية هي المصدر التاريخي هنا ، ولكن هذا القول يتجاهل فلسفة المسيحية التي تنهت بأن تدبر خدك الأيسر لمن يضربك على خدك الأيمن وأن تضع سيفك في مكانه لأن كل مأخذ بالسيف يحطمه السيف ، وتمنع على المسيحي أن يطلب إلى الدولة حمايته باستعمال القوة ، كما تتجافى قول السيد المسيح بأن مملكته ليست في هذا العالم . ليس منطقياً أن تنكر المسيحية استعمال القوة وتمج الحرب ثم نقول بعد ذلك إن مبادئها هي المصدر التاريخي للقواعد التي تنظم الحرب الحديثة . ويزداد الأمر وضوحاً إذا علمنا أن المبادئ الحديثة للقانون الدولي وضعت في وقت كانت أوروبا أحوج ما تكون عن أي عصر مضى إلى قوة أخلاقية بعد أن علا الصدا البابوية وراى الدرن على الكنيسة إلى حد دعى جروسينوس إلى أن يعترف في مقدمة كتابه « قانون الحرب والسلام » بأن الدول الأوروبية تسلك في حروبها طرقاً يندى لها جبين البربرية .

لقد كان خوف أوروبا من قوة الإسلام الفتية التي تحاصرها من الشرق والغرب هو الذى وحدها لأول مرة — منذ أن اعتنقت المسيحية — تحت راية واحدة لمحاربة الإسلام . وكان اصطدام المسيحية بالإسلام مؤذناً بعصر النهضة في أوروبا تلك النهضة التي قامت على جهود العرب وعلومهم وأفكارهم . ثم إن كثيراً من الكتاب الأوروبيين الأوائل في القانون الدولى — أمثال فيتوريا Vittoria وإياليا Ayala وجنتيليس Gentiles ، وهؤلاء الباحثون الذين ليس لأعمالهم نظير في الآداب اليونانية والرومانية — كانوا من إسبانيا وروما — تأثروا بالكتاب الإسلاميين حيث سبق الإسلام إلى منابر العلم والمعرفة في كل من إسبانيا وإيطاليا على يد الفاتحين ، هذا ولا يجب أن يغيب عن ذهننا أن النشأة الأولى لعلم القانون الدولى — متميزاً من القانون العام وعلم السياسة — إنما جاءت على يد فقهاء المسلمين . ومن هنا يجب على كل منصف أن يقر بأن

الفقه الدولي الإسلامي هو أحد المصادر التاريخية للقانون الدولي المعاصر . ويشاطرن في الإقرار بمكانة الفقه الدولي الإسلامي من تاريخ القانون الدولي العام بعض فقهاء الغرب أمثال نيس (Nys, op. cit., pp. 44) وولزي (Woolseys, Th. D.-International law, New York 1889.) والبارون دي تاوب De Taube (في مقال له بمجلة أكاديمية لاهاي) .

ومن هذا العرض الوجيز يتضح مدى تجنى من ينكر الدور الذي قام به الفقه الدولي الإسلامي خلال العصر الوسيط وأثره على القانون الدولي المعاصر في مرحلته التكوينية على الأقل ، الأمر الذي يزداد وضوحاً بما أضمنه هذا الكتاب من شرح لتعاليم الإسلام ومقارنة لمفاهيمه في مجال القانون الدولي . ويكفي أن اشير هنا إلى أحد آباء الفقه الدولي الإسلامي—وهو الشيباني— يقف من الفقه الدولي الإسلامي موقف الأبوة ولذا قد يكون مناسباً — ان نعقد بينه وبين جروسيرس — الملقب عند الغربيين بأبي الفقه الدولي — مقارنة وجيزة .

ليس من جدل في أن كلا الفقيهين قد خص العلاقات الدولية بجزء كبير من عنايته وأنهما بذلا في ذلك السبيل جهداً وضعهما في مكان الصدارة بالنسبة للأجيال التي لحقت . ومن ثم فلا يكون من قبيل المغالاة أن نقول إن الشيباني — الذي خلف لنا في سيره الكبير — آراء فقهية مفصلة هو أهل لأن يسمى بين فقهاء المسلمين بأبي السير وبين فقهاء القانون الدولي العام بأبي القانون الدولي من حيث إنه هو الذي دون لنا مجموعة كاملة كانت بحق أول مدونة تناقش قواعد القانون الدولي بوصفه علماً قانونياً له كيانه المستقل . وأنا لا إنجني بهذا على جروسيرس الذي جاء بعد قرابة تسعة قرون والذي عاش في حضارة وثقافة ومبادئ تأثرت إلى حد كبير بالإسلام وثقافته ، ولنقارن على سبيل المثال — لتركية ما أقول — آراء الشيباني والقواعد التي ضمنها سيره الكبير نفقه جروسيرس في خصوص حق الغنيمة — وهو البحث الذي أقعد جروسيرس مفعد الأبوة — ليتأكد لنا أن استاذية الشيباني لا يمكن إنكارها في هذا المجال .

واختلج أن الثقافة الإسلامية كانت قادرة على أن تسهم بحجبة أكبر في تطوير القانون الدولي لولا القطيعة التي سيطرت على علاقات العرب بالعرب بسبب الموقف العقائدي لكل منهما تجاه الآخر . ولا يمكن أن نصف العلاقات التي قامت بين الدولة العباسية وبين الدول التي دخلت العصر الوسيط بأنها كانت على حاد كبير من الأهمية على الرغم من السمات المتعددة التي تبادلها الطرفان والمرابا التي منحيا حليفه المسلم بين الحجاج بين المقدس من الأوروبيين إذ لم تخلف هذه العلاقات معاهدات بين الجانبين وربما كانت الحروب الصليبية هي أكثر أحداث العصر الوسيط أهمية بالنسبة للدول التي تتعلق بعلاقة العرب والمسلمين بالمسيحية الأوروبية إذ خلعت، أما هذه الحروب العديد من المعاهدات بين أراء إسماعيلين وقراد القترات الصليبية وأمرائها كما أرسيت مبادئ لقواعد من السابك الدولي أذكر منها هيا أصدا، القروسة التي أخذها العرييون عن المسلمين باصحت، ط الشرذ، والجدارة لهم فيما بعد .

و كان المأمول أن يؤدي التفارب بين فرنسا وتركيا الذي تمثل في معاهدة ١٥١٥م سآى وقت أن كانت براعم القاسون السدولي الحديث على وشك أن تتمتع — كان المأمول أن يؤدي إلى مزيد من التعاون والتكامل بين الحضارتين لولا غلة المفكرين الذين استهجنوا هذا التردد . وأكثر من هذا أن أوروبا لم تكن على استعداد لاستقبال تركيا ضمن الأسرة الأوروبية الدولية الغضة حديثة النشأة .

الفصل الثاني

فى

التنظيم الدولى الراهن لدار الإسلام

« إن هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون »

الفقه التقليدى : العالم داران (اسلام وحرب) :

لعل أول تصور للتنظيم الدولى فى الإسلام كان محاولة الرسول ﷺ جمع الأقاليم المجاورة — فارس وبيزنطة ومصر والحبشة — تحت راية الإسلام عن طريق البعث التى شخّصت إلى تلك البلاد ثم ما أبرمه ﷺ من معاهدات ومأعطاه من عهود لأهل الكتاب فى مناطق متفرقة من الجزيرة العربية . وتعالى فإن ذمة الله ورسوله — فيما أرى — كانت قاعدة التنظيم الدولى الإسلامى المبكر . فلما اتسعت رقعة الإسلام وقويت بفضل الله شوكته اتجه الفقه إلى تأكيد ذاتيته وجمع كلمته فابتدع تصوراً شاملاً يقسم الجماعة الدولية إلى دارين : دار اسلام ودار حرب .

لقد انشغل الفقه الإسلامى منذ باكورة أيامه بتعريف دار الإسلام وتمييزها عن دار الحرب ولكن الفقهاء تفرقوا شيعاً فى تحديد مفهوم الدارين .

فهناك من يضع تعريفاً لكل دار من الدارين على حدة . وذلك المنهاج هو المفضل عند أولئك الذين لا يقتصرون على الدارين فحسب بل يضيفون داراً ثالثة هى دار الصلح أو دار العهد أو دار المودعة ، وهؤلاء هم الشافعية . والدار الثالثة دار تستقل بذاتها عن دارى الإسلام والحرب ولكنها تدفع الجزية لدار الإسلام أو تتنازل عن جزء من إقليمها لدار الإسلام . وأحب أن أدرج هنا ما يطلق عليه البعض « دار الدعوة » حيث تتوفر للدعوة الإسلامية وسائل التوعية بها فلا تلقى عنثاً ولا ثبوراً . ويعتمد هذا الرأى على سابقين فى الإسلام إحداهما عهد الرسول ﷺ لنصارى نجران إذ أمتهم على ما لهم

وأنفسهم لقاء الرأه مال . ولكن العصف يكيف، الوضع على أنه مهادنة لأن
الانفراء في هذا حراج وليس حرية . والثاني العهد الذي أبرمه عند الله بن
سعد بن العبد كان مع أهل النوبة بعد أن صدوا حجاج العرب
عن بلادهم . وفيه نهاء للمسلمين والدميين الذين يعبرون النوبة
كما قبلوا أن يذهبوا سرية تسلياً أرقاء . ولكن الحفية لا يرون في هذا العهد
عهد سام بل مدة ووفقاً لتبادل المنافع .

وهناك من سبب دار الإسلام وماعداها يكون دار حرب أو العكس
بالعكس . وهؤلاء هم الحفية ، فهم لا يتمسكون أن تبقى دار بعيدة عن طائلة
الفتح الإسلامي . ومن ثم فدار الإسلام عند هذا الفريق — هي حيث يرتفع
لراء الحكم الإسلامي وتعلو سيادته وماعدا ذلك دار حرب

بعد آخرى . في الحرب هي التي يدين عليها معيار أو أكثر من المعيارين
السابقين . وماعداها فدار اسلام :

- (١) لا تعد أحكام الإسلام سبباً إلى التطبيق في ربوعها .
- (٢) أو حرب لا يأمن المسلم والدمى على نفسه وماله . وتكون إقامته فيها
مضمونة باخطار .

والقول — على التيمم الأخير — يسمح لنا بأن ندخل الأقاليم التي لا سيد
لها ضمن دار الإسلام حيث يستطيع المسلم أن يجد فيها مستقراً آمناً حتى ولو لم
تخضع لحكم الإسلام (الشوكافي — نيل أدو طار ، الطعة الثانية ، القاهرة
١٨٥٢ ، ص ٢٨ — ٢٩) .

الفقه التقليدي . نقد وتعليق :

إن الرأي عندى أن الفقه التقليدى في تعريفه لدار الإسلام — على الرغم مما
بدله من جهد — إنما يسطر القضية أكثر مما يجب بل إنه قد يصل في التبسيط
إلى حد السطحية التي تحار أمام حقائق التاريخ ووقائع العصر . فكيف — على
هذى مما قدمت — نصف الدولة البيزنطية^٩ لقد التزمت بيزنطة في فترة بدفع

ضريبة للمسلمين فهل أصبحت بذلك دار صلح ؟ يصعب أن نقول هذا القول ، ذلك أن ماتعهد تيودومير بدفعه — فى القرن الأول للهجرة — إلى المسلمين لم يكن أكثر من نفاق أراد به تحاشى بطش المسلمين إلى أن تنهيا له فرصة الانقضاض عليهم ، فلا عجب إذن أن تنقض بيزنطة — أو تحاول أن تنقض — عهدا مع المسلمين فى عهد الرشيد فلما كسر شوكتها قبل امبراطورها نيسو فرس وأسرته أن يدفعوا جزية إلى جاب الضريبة (Hamidullah, M, The Muslim Conduct of State, Lahore, 1953, pp.

91-92).

بل إن الأمر يزداد صعوبة اليوم إذا نحن أردنا أن نتخذ من التعريف التقليدى معياراً لتحديد هوية الدول . فهناك دولة مثل تركيا التى يدين شعبها وحكامها بالإسلام ولكن قوانينها تسمح بما لا يقبله الإسلام ، وأخرى مثل السنغال التى تعتق غالبية سكانها الإسلام ولكن ولى أمرها (رئيس جمهوريتها) غير مسلم ، وقد يكون الأمر بالعكس ، كما كان الحال فى حيدر اباد فالمهراجا مسلم والناس فى معظمهم غير مسلمين ، ففى أى الفئات نضع هذه الأقاليم ؟ كذلك يثور التساؤل بالنسبة للإقليم الذى يسيطر عليه البغاة العصاة أبقى دار إسلام — كما يرى الكثيرون — أم أنه ينقلب دار محرب إذا انفصل عن دار الإسلام بدار حرب ؟ .

وعلى كل فقد دبلت فكرة تقسيم العالم إلى دارين وطوتها السنون مع تعاقب الحداث — بيد أن فكرة جمع الشمل الإسلامى لم تغب عن بال المصلحين ولم تهدأ فى نفوس الدعاة المتحمسين فتبدت خلال القرنين الأخيرين فى صورة دعوات ومبادرات إلى عقد مؤتمرات إسلامية غلب عليها فى البداية الانطواء تحت ظل الخلافة العثمانية ثم تجسدت فى مؤتمرات التأم عقدها فى القاهرة ومكة المكرمة والقدس خلال الفترة من سنة ١٩٢٤ — ١٩٣٥ . واستمرت الجهود خلال وأثناء الحرب العالمية الثانية وكان الحج دائماً مصدر الإيحاء بعقد المؤتمرات الإسلامية . ودارت عجلة الزمان حتى قبض الله للمسلمين مؤتمرات

عميت بإقامة متضامات إسلامية حكومية لعل رائدها هو مستظم المؤتمر الإسلامي وأخرى تمحضت عن النزعات الإسلامية غير حكومية . وأتأول فيما يلي المستظم الدستوري لزعيم النصارى ساليان وراسده بكلمة موجزة ثم أتبع ذلك بمحاولة عن أبرز المضمات الحكومية غير الإسلامية (راجع مزيداً من التفصيل للدكتور : . . . الأهل في كتابه « أصول التنظيم الإسلامي الدولي » ، القادرة : ١٩٨٨)

ولكن أود — من أن أعرض للتنظيم الدولي الإسلامي الحديث — أن أخلص ... في حدود اعتراض هذا البحث — النزعات الجارية التي تحاول أن ترسم تريباً عاماً لتنظيم الدولي المعاصر في النزعات الرئيسة الثلاثة التالية :

١ — نزعة تزعدها ليبيا ، وتنادى بتدمير عالمي ثالث يوفق بين الاشتراكية والرأسمالية . يستدعي لذلك تصوراً يحاول إقامة ديمقراطية تطوع مفهومها الإغريقيين لتأرضاع الدولية الراهنة . ولكن هذه الدعوة تلقى معارضة شديدة من الدول الإسلامية .

٢ — نزعة الجماعات الإسلامية التقليدية . وتسعى إلى رتق الانقسامات التي تعرف العالم الإسلامي المعاصر في ظل تطبيق كامل لأحكام القرآن الكريم . تلك الدعوة صداماً في هبات الإصلاح الحديثة . وجدير بالذكر أن أحمد بن بلا — الرئيس الجزائري السابق — استوحى تلك الدعوة من دراسة المأهضة للحكم الخالي في الجزائر .

ويبدو أن هذه النزعة تقابل اليوم من دار الإسلام ودار الجاهلية بدعوى أن الحكم في معظم دار الإسلام هو بغير ما أنزل الله .

وقد ترتب على هذه النزعة أن حلت الثورة محل الجهاد وأصبحت هي وسيلة دعائها لاستعادة دار الإسلام التي يأملوها . وهي بذلك تستند إلى تفسير خاص للسياسة الشرعية وتثير الجدل حول مدى شرعية الثورة ضد الحكم إذا كان غير عادل .

٣ — نزعة ييوطنية يحركها بعض المفكرين من ذوى العقلیات التى تغلب عليها المفاهيم الغربية وهى تحارب النزعة المتزمنة فى فهم القرآن وتطبيقه وتنسجب الإرهاب السياسى وينادون بعقد اجتماعى للأمة الإسلامية يبتغى حماية الحرية الإسلامية ضد تجاوزات المادية المعاصرة دون أن يتسم بالثيوقراطية أو يميل إلى العلسانية .

مبحث تمهيدى

فى

المؤتمرات

كلمة تمهيدية :

يطيب لى أن استكمل هذا العرض بكلمة عن التنظيم الذى يجمع العالم الإسلامى اليوم حيث تتشاطر أقاليمه دول تستقل كل منها عن الأخرى بما لها من قوام سياسى وكيان قانونى ولم تعد تجمعهم خلافة واحدة كما بدأها عصر الخلافة الراشدة ولا تمسك بزمامه وحدة موحدة كما سار فى العصر الأموى وغلب على حاله فى العصر العباسى . لقد خبت النظرة التى تقسم العالم بين دارين : دار للإسلام ودار للحرب ، وزوت الفكرة التى تقيم العلاقة بين الدارين على أساس الجهاد العسكرى وحلت محلها مفاهيم جديدة لعل أبرز تجسيد لها اليوم هو منتظم الأمم المتحدة الذى تسلك دول العالم — شرقها وغربها — فى عضويته . ولذا كان حريا بنا أن نتساءل عن موقع التنظيم الدولى الإسلامى من التنظيم الدولى الجماعى المعاصر . .

لقد عاشت الأمة الإسلامية فى سبات — بعد أن تفسخت وحدتها فى أواخر العصر العباسى — إلى أن جمعت العسكرية التركية أشلاءها فى عهد آل عثمان ثم عادت إلى الاسترخاء إثر انهيار حكم آل عثمان بعد الحرب العالمية الأولى حتى هبت عليها رياح الخير بعده الحرب العالمية الثانية فراحت تتفرض من

رقدتها وتتلقت حواشيها لتجد أن عالم الغد هو عالم الدول العظمى ، فهذا الاتحاد السوفيتي قارة أو بعض قارة ، وتلك الولايات المتحدة جماع عديد من الدويلات وأوروبا بصدد أن تنصهر في ولايات متحدة أوروبية والصين تضم سدس السطح والهند قارة أو شبه قارة ، وهكذا . وفي عالم العمالة هذا لا مكان للأقزام فإنهم لا زاد أبداً سهدماً ويطلقوا بحسم . فكان على الدول الإسلامية — وهي أولى الدول بالاتحاد وأكثر تجهيزاً للتماسك — كان عليها أن تهرع لتواكب الركب ولا تتقاعس عن متابعة المسيرة . وتمثل تلك الجهود التي تدلها الدور الإسلامية البرم — على نواحيها — في سبيل اللحاق بالقافلة فيما تعقده من مؤتمرات دورية وماسئة من منتظمات دولية . ولذا فإن أقدم للتنظيم الراهن لدار الإسلام بعحالة عن مؤتمرات الدول الإسلامية في الحقبة الأخيرة (راجع في الموضوع عمرها ، عبد الله الأسفل ، أصول التنظيم الإسلامي الدولي ، المرحوم السانف) .

المؤتمرات الإسلامية فيما بين الحربين العالميتين :

استمرت أذاً أندأ باستعراض المؤتمرات الإسلامية مع نهاية الحرب العالمية الأولى لأن تلك الحرب تمثل بداية فترة النكسة الأخيرة للعالم الإسلامي وجعلت مهابذ العرض هي الحرب العالمية الثانية لأن تلك الحرب تتواكب مع الفسحوة الماصرة . ولما كنت ابتغى من وراء هذا الاستعراض أن أقدم تصوراً مختصراً للقاءات الإسلامية في فترة هجوع العالم الإسلامي واستسلامه للسطرة الغربية فإن اكتفى بكلمة وحيدة عن أهم تلك اللقاءات .

١ — مؤتمر الحج سنة ١٩٢٤ : وهو مؤتمر نظمه الشريف حسين بغية التجييز لما كان يحلم به من قيام دولة عربية مستقلة تحت إمارته فأراد دعم حكمه وإمارة المسلمين بمؤتمر إسلامي ، ولذا أعد له ميثاقاً يجعل الوحدة العربية نواة للوحدة الإسلامية ويسعى إلى جعل انعقاده سنوياً .

٢ — المؤتمر الإسلامي العام للخلافة في مصر (٢٥ مايو ١٩٢٦) :

دعى الأزهر إلى عقد ذلك المؤتمر بهدف تصيب الملك فؤاد ملك مصر وقتئذ ، خليفة للمسلمين ، بيد أن ربح الخلاف التي استعرت داخل المؤتمر انتهت به إلى الد ل ، واتسبى المؤتمر بإصدار قرار تضمنى باستمرار هيئة المجلس الإدارية للمؤتمر في مصر وان تقوم له في مختلف بلاد الإسلام شعب تتعاون مع الهيئة الرئيسة للإعداد لمؤتمرات تالية .

٣ — مؤتمر العالم الإسلامي في مكة المكرمة (١٩٢٦/٦/٧) : كان

طبيعياً أن يكون لمؤتمر القاهرة معقباته في الحجاز حيث يوجد الحرمين الشريفان ، ولذا دعى إمامها الملك عبد العزيز إلى مؤتمر عقد في مكة بعد عدة أسابيع من عقد مؤتمر القاهرة . وقد أسفر المؤتمر عن بعض قرارات ظلت حثيصة مادونة عليه من أوراق ، وانتلب مباد داراً للاحتفاء بالوفود الرسمية للحجيج كل عام .

٤ — المؤتمر الإسلامي العام في القدس (١٩٣١) : دور أول مؤتمر جمع

العالمين العرب والإسلاميين لمناهضة الحركة الصهيونية ، ذلك أن النرص من عقده كان من محاربة الاستيطان الصهيوني لفلسطين . ولم يقبص له الاستمرار في نشاطه بعد أن حظرت بريطانيا نشاطه

٥ — المؤتمر الإسلامي في جنيف (١٩٣٥) : نتولدت فكرة ذلك المؤتمر

لدى المسلمين المقيمين في أوروبا وسمحت الحكومة السويسرية بعقده على أرضها شريطة ألا يتعرض للقضايا السياسية ولكن قلة الحضور وماعاصر المؤتمر من أحداث عالمية كانت تنذر باندلاع الحرب العالمية الثانية وقف بالمؤتمر عند دورته الأولى فحسب .

تلك هي أهم المحاولات التي عرفها العالم الإسلامي في حقبة ما بين الحربين وقد تعاصرت معها بعض الجهود الأخرى مثل محاولات إنشاء هيئة دولية إسلامية للدفاع عن فلسطين ، وسعى اليابان لاستقطاب المسلمين بإنشاء مأسسته العصبة الإسلامية اليابانية الكبرى وعقد المؤتمر الإسلامي العالمي الأول

في طوكيو تحت رعاية تلك العصابة ، ودعوة وفود إسلامية إلى المعرض الإسلامي في طوكيو سنة ١٩٣٦ حيث كانت تأمل اليابان من وراء ذلك إلى تجنيد المسلمين ضد الحلفاء عندما يجد الحد ويحزب الأمر في حرب عالمية كانت متوقعة وقتئذ .

يبد أن هذا وذاك ذهب أدراج الرياح وضاع في عالم النسيان إثر تفجر الحرب العالمية الثانية ، وكان لابد للعالم الإسلامي من أن يبدأ من جديد .

فيما بعد الحرب الثانية :

بيوت الله تحرق : مؤتمر قمة الرباط (٢٢ - ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٦٩) :

كان لحريق المسجد الأقصى في القدس وقع مروع دفع قادة المسلمين إلى أن يتناسوا ما بينهم من صراع وانعقد شملهم في المغرب بدعوة من ملكها الحسن الثاني « ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه » . وشهدت المؤتمر خمس وعشرون دولة من بين خمس وثلاثين وجهت إليها الدعوة ومثلت عشر منها برؤسائها (الجزائر واليمن والأردن والكويت وموريتانيا والمغرب وباكستان والسعودية والصومال واليمن) . وأبدت كل من الكمرون وغانا وساحل العاج وفولتا العليا ومالديف ونيجيريا وسيراليون وتنزانيا عدم رغبتها في حضور المؤتمر بينما تغيبت سوريا بدعوى أنها كانت قد قطعت علاقاتها الدبلوماسية مع المغرب ، واشترطت العراق لحضور المؤتمر أن تقوم الدول الإسلامية التي لها علاقة دبلوماسية بإسرائيل بقطع تلك العلاقات مسبقاً . وتلك كانت وقتئذ سبع هي تشاد وغينيا وإيران ومالي والنيجر والسنغال وتركيا ، ومن ثم رفضت أن تسهم في المؤتمر .

وقد انعكست خلافات العالم الإسلامي على نشاط المؤتمر وكان أولها مشكلة السماح لمنظمة التحرير الفلسطينية بحضور المؤتمر فهناك من عارض ذلك (إيران وتركيا) وهناك من أصر على حضورها (الجزائر) فاضطرت المغرب إلى دعوة المنظمة كمراقب .

كذلك كان جدول الأعمال محل أخذ ورد عيف ففقد حبه معظم المشتركين أن يتقدم المؤتمر على مسألة حريق المسجد الأقصى ومسئولية القدس ولكن البعض (ومن بينهم دهر) أصر على أن تبحث مشكلة الاحتلال الإسرائيلي ومستقبل فلسطين والاحتلال. وانتهى الأمر برفض الأغلبية للأقلية واتفق على أن يبحث المؤتمر مشكلة الشرق الأوسط برمتها

تم جاءت عقبة كاد أن تتبعثر فيها جهود المؤتمر تلك هي مساهمة الهند. ذلك أنه على الرغم من أن اللجنة التحضيرية للمؤتمر رفضت طلب الهند فإن الراديكاليين من الحاضرين صمموا على دعوة الهند لأنها صديقة للعرب وعدوة الاستعمار وكان لهم ماأرادوا. والعجيب أنها مثلت يومه يرأسه شخص غير مسلم والأعجب أن نسبة المسلمين في الهند لا تتجاوز ١٠٪ في حين أن هناك دولاً أخرى — مثل الاتحاد السوفيتي بل وإسرائيل ذاتها — تزيد نسبة المسلمين فيها على ذلك وكان مفروضاً إن نحن سائرنا هذا المطلق أن تدعى متراً تلك الدول. وكان بديها أن تعرف بعض الدول المشتركة عن متابعة المساهمة في نشاط المؤتمر إلى أن تنحى الوفد الهندي.

وانتهى المؤتمر ببيان يعلن بالإجماع عن التضامن الإسلامي في القضية العربية وبشجب العمل الإجرامي في المسجد الأقصى ويدعو إلى عودة القدس تحت الهيمنة العربية. وبطالب بإعادة الأراضي العربية إلى ماكانت عليه قبل سنة ١٩٦٧ ويبدى في عبارة عامة تأييده للشعب الفلسطيني ويؤكد الحاجة إلى العمل على توطيد التناصر والمساواة المتبادلة في كافة الحقول.

ولعل أهم إنجاز حققه المؤتمر هو قراره بإرسال لجنة لمؤتمرات لاحقة عندما أعلن أن وزراء خارجية الدول الإسلامية سيجتمعون في العام التالي بالسعودية لإرساء تنظيم دولي إسلامي.

عروة وثقى : مؤتمر القمة الثاني : لاهور (٢٢-٢٤ فبراير سنة ١٩٧٤) :

انعقد مؤتمر ثانٍ للقمة في مدينة لاهور بالباكستان (٢٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٤) وحضره ستة وثلاثون ملكاً ورئيس دولة وحكومة. وحضر المؤتمر

الأمين العام للجامعة العربية ووفد مؤتمر العالم الإسلامي والأمين العام لرابطة العالم الإسلامي وبطريك انطاكية وسائر المشرق . وأغلب الظن عندى أن المفهوم الزمنى كثيراً ما يسيطر على قرارات المجتمعين ولذلك نجد أن هؤلاء يعلنون — من بين أمور أخرى — مشاطرة شعوب آسيا وأفريقيا وأمريكا اللاتينية كفاحها المشترك من أجل التقدم الاجتماعى والاقتصادى ورفاهية كافة شعوب العالم وتخطى المصاعب الاقتصادية التى تواجهها الدول النامية (المسلمة وغير المسلمة) نتيجة للزيادة الأخيرة فى الاسعار .

ولحسن الصالح عقد هذا المؤتمر فى جو أكثر هدوءاً من سابقه فقد كان ميزان القوة فى الشرق الأوسط أكثر ملاءمة لصالح العرب إثر انتصار مصر فى رمضان على إسرائيل وماتلاه من مقاطعة فرضتها الدول العربية المصدرة للزيت وما واكب ذلك من زيادة حادة فى أسعار الزيت . كل ذلك أسفر عن درجة غير مسبوقه من الوحدة بين العرب ، وكان له صداه فى الشرق والغرب فقد سعت دول كفرنسا واليابان لمجاملة العرب والتعاطف مع قضيتهم ، كما تحسنت علاقة مصر بالسعودية وأنهت العراق نزاعها على الحدود مع إيران وزار القذافى مصر والسعودية وسوى خلافاته مع الدولتين وعادت العلاقات الطبيعية بين السعودية واليمن الديمقراطية واستأنفت سوريا والأردن علاقاتهما الدبلوماسية (التى سبق أن قطعت سنة ١٩٧١) واعترفت باكستان باستقلال بنجلاديش التى حضر رئيسها المؤتمر . فلم يكن عجباً أن تحضر المؤتمر ثمان دول جديدة (بنجلاديش والكمرون وجامبيا وغينيا بيساو وفولتا العليا ، وجابون وأوغندا والدولتان ليست بهما أغلبية مسلمة ولكنهما مثلاً برئيسيهما المسلمين) وأصبحت منظمة التحرير الفلسطينية عضواً كاملاً وحضرته العراق للمرة الأولى ولكن كمراقب . وهكذا كان المؤتمر محط أنظار العالم ، وتلقى من مختلف الدول برقيات التهنيت الطيبة .

وركز جدول أعمال المؤتمر على الصراع فى الشرق الأوسط ولذا انتهى المؤتمر إلى قرار بالإجماع يعد بالعمل ضد إسرائيل فى كافة المجالات ويدعو إلى

الانسحاب الفذرى غير المشروط من الأراضي العربية المحتلة ويهاجم الدول العربية — وعلى رأسها الولايات المتحدة — التي تساعد اسرائيل ويعترض على تدويل القدس ويطالب بإعادتها إلى الهيمنة العربية ويسأل الدول الإسلامية مد العون لمنظمة التحرير الفلسطينية .

ودار نقاش حول المساعدات المالية للدول الفقيرة من قبل الدول الراية ، وهى طبعاً الدول المصدرة للزيت . ولا أريد أن أطيل هنا تلخيص فحواه ولكن اكنفى بالقول بأن المؤتمر قرر تبادل المعونة في جهود تحريك الموارد الطبيعية وتعزيد التعاون الاقتصادى ولكنه لم يحدد على سبيل التفصيل طريق بلوغ ذلك الهدف .

كذلك اعتمد المؤتمر إنشاء جامعتين في أفريقيا إحداهما في البحر والأخرى في أوتسدا . وتعاهد المؤتمر على التناور بقصد اتخاذ موقف . رز . مرحد في الأمم المتحدة وغيرها من الهيئات الدولية .

ولم يجع مدوب أفانسنان في جر المؤتمر إلى مناقشة مشكلة بلاده مع الدولة المضيفة (الباكستان) .

كلهم مسلمون : أول مؤتمر لوزراء الخارجية (جدة : ٢٦ — ٢٥ مارس سنة ١٩٧٠) :

أسفر قرار مؤتمر الرباط عن جمع يضم اثنين وعشرين وزيراً التأم عفدهم في جدة لمناقشة موضوعين : فحص العمل الإسلامى المشترك في الرباط وإقامة تنظيم دولى إسلامى دائم يعمل على تدعيم التعاون بين الدول الإسلامية في مجالات السياسة والاقتصاد والثقافة .

والمؤسف أن العراق وسوريا قاطعتا ذلك المؤتمر مرة أخرى وراحتا تناديان بالكبحاح المسلح ضد اسرائيل ، كما تخلفت اليمن الديمقراطية عن المؤتمر بسب سوء العلاقات بينها وبين الدولة المضيفة ، كذلك لم تحضر تشاد ومالى . أما منظمة التحرير والجامعة العربية فقد شهدتا المؤتمر كمراقبين .

وافتح الملك فيصل المؤتمر بحديث طويل مثير وعلى الرغم من ذلك حمى وطيس الجدل حول إنشاء المنتظم المزمع . فقد خشيت بعض الدول — ومنها مصر — أن يصبح المنتظم منافساً للجامعة العربية وأن يقع تحت سيطرة الدول المحافظة الموالية للغرب وبعضها على علاقة بإسرائيل ، وذهب البعض إلى أن المنتظم المقترح سوف يكون تكراراً لجهود الأمم المتحدة وكثير من الهيئات الدولية الإسلامية القائمة مما يخشى معه التعارض .

وانتهى الأمر بصدور قرار إنشاء المنتظم واعتضت عليه أربع دول وامتنعت تركيا عن التصويت بمقولة إنها دولة علمانية . واتفق وزراء الخارجية على أن يلتمش شملهم مرة كل عام لمتابعة النشاط المشترك وإمداد العالم الإسلامي بأسس صلبة لتعاونه ، وأن يكون الاجتماع بترتيب دورى بناء على دعوة وإلا فإنه يتم في مقر المنتظم . وكان طبيعياً — إرضاء للدول الثورية — أن يدفع المؤتمر مقال إسرائيل وأن يبدى تضامنه مع الفلسطينيين .

حسنة تتكرر : المؤتمر الثانى لوزراء الخارجية (كراتشى — ٢٦ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٧٠) :

من المؤسف أن هذا المؤتمر الذى حضرته ٢٤ دولة أضع معظم وقته فى مناقشة وسائل تمويل المؤتمر وكيفية إيجاد اسس جديدة لتنظيم العالم الإسلامى . وانتهى بتعيين السيد تنكو عبد الرحمن بترار — رئيس وزراء ماليزيا السابق — أول أمين عام لمدة عامين .

ولم يفت المؤتمر أن يناقش اقتراحاً باكستانيا بإنشاء بنك إسلامى للتجارة والتنمية ، وكلفت مصر بدراسة المقترح تفصيلاً وتقديم تقرير عنه إلى الأمين العام . كما قرر إنشاء وكالة أنباء إسلامية فى طهران وأن يجرى اجتماع فى الرباط لدراسة إمكانية إقامة مراكز ثقافية حول العالم كذلك طلب إلى الأمين العام إعداد مشروع نظام للمنتظم .

وجرياً على العادة أبدى المؤتمر تأييدهم الكامل للكفاح الفلسطينى

وشعبيرا العدوان البرينالى على غياا وأيدوا قرار مجلس الأمن فى ذلك
الخصوص .

ثالثة تؤكد : مؤتمر وزراء الخارجية فى جدة (٢٩ فبراير — ٤ مارس سنة
١٩٧٢) :

كان مفروضاً أن يعقد هذا المؤتمر فى كابول (أفغانستان) سنة ١٩٧١
ولكن الأزمة الاقتصادية التى عصفت بأفغانستان أدت إلى العائى . وقد انفق
الجهد فى اجتماعات خائيه كشفت عن تخلف عدد من الدول عن الوفاء
بالتراكتها .

وقد ضم المؤتمر ثلاثين دولة كان من بينها أربع حدد (البحرين وعمار
وقطر والإمارات) كما حضرته لأول مرة سوريا — بعد تعير قيادتها — وكذا
سيراليون .

وحص المؤتمر مشكلة الشرق الأوسط بكثير من اهتمامه وأوسى بإنشاء
صدوى لفلسطين يتكون من الهات الحكومية والشعبية لدعم الكعاب
الفلسطينى . كما أبدى قلقه لوضع المسلمين فى الفلين . وابتعت المؤتمر وفدا
يسعى إلى الإصلاح بين باكستان وبنجلاديش . ووافق على مشروع إنشاء
وكالة الأباء الإسلامية بعد أن أصبح مقرها فى جدة . وكذا أقر مشروعات
المراكز الإسلامية وبنك التنمية الإسلامى وتوج أعماله باعتماد ميثاق للمستظم
الذى اصح يحمل اسم « المؤتمر الإسلامى » ويستهدف تعزيز التضامن
والتعاون الإسلامى فى كافة المناهى .

فذلكة :

أقف عند هذا الحد من تتبع مؤتمرات القمة الإسلامية ووزراء خارجية
الدول الإسلامية لأن منتظم المؤتمر الإسلامى جرت الموافقة على مشروعه فى
المؤتمر الوزارى الثالث الذى عقد سنة ١٩٧٢ وتم تسجيله لدى الأمانة العامة
للأمم المتحدة فى أول فبراير سنة ١٩٧٤ وقد ادخلت على ميثاقه بضعة تعديلات
تقرر بعضها فى مؤتمرات القمة وتقرر بعضها فى مؤتمرات وزراء الخارجية .

وقد توالى بعد ذلك مؤتمرات القمة ومؤتمرات وزراء الخارجية فبلغ عدد مؤتمرات القمة عند كتابة هذه السطور خمسة مؤتمرات . وقد عقد مؤتمر القمة الثالث بمكة المكرمة والطائف (دورة فلسطين والقدس الشريف) في يناير سنة ١٩٨١ وصادق المجتمعون — بمناسبة استهلال القرن الخامس عشر الهجرى — على وثيقة تاريخية أطلقوا عليها اسم « بلاغ مكة » ، وهى بمثابة صيغة استراتيجية إسلامية للعهد الإسلامى الشامل لمختلف المجالات . وعقد مؤتمر القمة الرابع بالدار البيضاء في يناير سنة ١٩٨٤ ، وعقد مؤتمر القمة الخامس بالكويت في يناير سنة ١٩٨٧ ، وهو أول مؤتمر نخضره مصر بعد أن رفع تعليق عضويتها .

أما مؤتمرات وزراء الخارجية فقد بلغ عددها سبعة عشر مؤتمراً ويتوقع أن يعقد المؤتمر الثامن العشر بالرياض في الأول من شهر مارس سنة ١٩٨٩ بإذن الله .

والحق أننى أوجزت الكلام عن التنظيم الدولى الإسلامى لأن هذا السفر إنما يناقش القانون الدولى الإسلامى وتبعاً فإن دراسة التنظيم الدولى بتفاصيله تخرج عن إطاره ولهذا اكتفى بالقدر الذى يمهد لمباحث هذا السفر ويعين على استكمال أفكاره

المبحث الأول

فى

المنظمات الدولية الإسلامية الحكومية

١ — المؤتمر الإسلامى :

مولد المنتظم :

ترددت الأصدااء الأولى لفكرة المنتظم فى اجتماع عقد سنة ١٩٥٤ ضم عاهل المملكة العربية السعودية ، ورئيس جمهورية مصر . ثم عادت المملكة

العربية السعودية ومعها إيران لتبشر بالفكرة سنة ١٩٦٤ وتشيع هذا مهندسها الأكبر الملك فيصل عن إيمان وإصرار سعيًا وراء إبرام حلف إسلامي ولكن مصر عارصت الدعوة ووصمتها بأنها دعوة إلى حلف استعماري .

وانقسم العالم الإسلامي حيال التشابك الإسلامي إلى ثلاث كتل :

- (١) كتلة تورية ، وتضم مصر وسوريا والعراق والجزائر واليمن .
- (٢) كتلة محافظة ، تجمع بين السعودية والأردن والمغرب وتونس .
- (٣) كتلة محايدة ، تدرج تحتها الكويت ولبنان والسودان .

ولكن الله شاء لفكرة المنتظم أن ترى بارقا من نور في مقديشيو سنة ١٩٦٤ . عندما اجتمع عدد من ممثلي الأقطار الإسلامية ودعوا إلى عقد مؤتمر إسلامي لبحث مشكلات الأمة الإسلامية وتفقد الوسائل لمعالجتها . وركى تلك الدعوة مؤتمر عقدته رابطة العالم الإسلامي في العام التالي (١٩٦٥) بمكة حيث سأل المشاركون الملك فيصل أن يواصل مساعيه لتحقيق هذا الهدف الإسلامي الكبير وكلفوا أحمد يلو (نيجيريا) بتقديم تقرير حول ذلك الموضوع .

وتجددت الدعوة في مؤتمر العالم الإسلامي الذي عقد بعمان سنة ١٩٦٧ للنظر في قضية فلسطين وكيفية استنقاذ القدس الشريف من الصهاينة .

وتجلت مشيئة الله في مؤتمر ممثلي الدول الذي انخرط عقده بجدة (١٤ - ١) محرم ١٣٩٢ هـ الموافق ٢٩ فبراير إلى ٤ مارس سنة ١٩٧٢ م) حيث وافق المؤتمر على ميثاق المؤتمر الإسلامي ، وتم تسجيل ميثاقه في الأمم المتحدة بتاريخ غرة فبراير سنة ١٩٧٤ كما أسلفت .

والدول التي ضمها مؤتمر جدة هذا هي أفغانستان والجزائر والإمارات العربية المتحدة والبحرين وتشاد ومصر وغينيا واندونيسيا وإيران والأردن والكويت ولبنان وليبيا وماليزيا ومالي وموريتانيا والمغرب والبحر وعمان والباكستان وقطر والسعودية والسنغال وسيراليون والصومال والسودان وسوريا وتونس وتركيا والجمهورية العربية اليمنية .

وقد أشار المنتظم في ديباحنه إلى مؤتمر القمة في الرباط ومؤتمر وزراء الخارجية الإسلامي الأول في سنه ومؤتمر وزراء الخارجية الثاني في كراتشي . كما أشار إلى الاعتبارات الإسلامية التي دفعت الدول إلى توحيد جهودهم في ظل هذا المنتظم .

منتظم المؤتمر الإسلامي : عرض موجز :
أحكام الميثاق :

يتبع ميثاق المنتظم في ديباجة وأربع عشرة مادة تحدد أهداف ومبادئ المنتظم وهيكله والعصوية فيه وتفسير أحكامه . ويصبح الميثاق نافذ المفعول بعد ايداع وثائق التصديق لدى الأمانة العامة من قبل الأغلبية البسيطة للدول المشتركة في مؤتمر وزراء الخارجية الثالث (انظر تفصيلاً في أحكام المنتظم للدكتور عبد الله الأشعل — المرجع السابق ، ص ٨٢ — ٢٦٣) .
ويتم تعديل الميثاق بناء على موافقة وتصديق ثلثي الدول الأعضاء .

وتنقسم العضوية في المنتظم تفسيميا شكائياً — ليس له من عقبات قانونية — إلى فئتين :

- (١) عضوية أصلية تضم الدول التي حضرت مؤتمر القمة الأول ومؤتمرات وزراء الخارجية الأول والثاني والثالث على التوالي والتي وقعت على الميثاق . أما الدول التي لم تحضر كل أو بعض هذه المؤتمرات فإنها لا تحصل على العضوية بمجرد التوقيع على الميثاق وإنما تطبق عليها الأحكام الخاصة بالعضوية الجديدة .
- (٢) عضوية مكتسبة بالانضمام .

ويحق لكل دولة إسلامية أن تنضم إلى المنتظم بطلب يعرض على مؤتمر وزراء الخارجية في أول اجتماع له بعد تقديم الطلب ، ويتم الانضمام بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء المؤتمر . والواقع أن شروط اكتساب العضوية تبعث على التساؤل إذ مادام أن الدولة إسلامية فلماذا تعلق عضويتها على موافقة موصوفة من الدول الأعضاء وكيف ينسجم هذا مع ماقررتة الديباجة من أن الأعضاء

الأصليين مقتنعون بأن عقيدتهم المشتركة تشكل عاملاً قوياً لتقارب القوى الإسلامية وتضامنها .

ويبلغ عدد الدول الاعضاء الآن خمسا وأربعين دولة ويجوز لأى منها أن تنسحب من العضوية بإشعار خطى للأمين العام تبلغ به جميع الدول الأعضاء . وتسوى الخلافات عن طريق المشاورات والمفاوضات أو القوانين أو بالطرق القضائية .

ولم يتضمن الميثاق تعريفاً للدولة الإسلامية « وهناك عدد من المعايير الممكنة لتحديد الصفة الإسلامية للدولة منها المعيار الدستورى حيث ينص الدستور على أنها دولة إسلامية أو دينها الإسلام وليس هذا النص قائماً فى كل الدول الإسلامية بل ينص بعضها على أنه دولة علمانية والمعيار الايديولوجى مثل السعودية التى تجعل دستورها القرآن والشرعية الإسلامية والمعيار الكمى مثل نسبة المسلمين إلى مجموع عدد السكان والمعيار الشخصى مثل ديانة رئيس الدولة . وقد جرى العرف على أن تقديم طلب العضوية يعد إقراراً بتوافر هذا الشرط . ونلاحظ بالنسبة لهذا المعيار أن 'تولى رئيس غير مسلم لكل من الكاميرون وأوغندا لم يؤثر على عضويتها فى المنتظم وقد جرى على الترحيب بطلب العضوية دون بحث هذه المعايير والاكتفاء بإبداء الرغبة فى العضوية» (عبد الله الاشعل — المرجع السابق ، ص ١٤١) ، والحق أن هذا يعنى أن المؤتمر الإسلامى يسعد بانضمام الدول إليه دون التحقق — أو دون الاهتمام بالتحقق — من أنها اسلامية بالمعنى الصحيح . ولعلنا الآن أمام عضوية لا تنفع بالدول الإسلامية فحسب وإنما تضم دولاً يمكن أن أدرجها ضمن مدلول « المؤلفة قلوبهم » . فهناك دول — مثل الكمرون — لاتضم أغلبية اسلامية . يقابل ذلك أن هناك جماعات إسلامية خاصة تعيش فى بلاد غير إسلامية وهى ليست ممثلة فى المؤتمر مثل مسلمى الهند والفليين ..

أهداف المنتظم ومبادئه وهياته :

أهداف المنتظم . هي :

- ١ — تعزيز التضامن الإسلامي بين الدول الأعضاء
- ٢ — دعم التعاون بين الدول الأعضاء في احداث الاقتصادية والتنمية والثقافية والعلمية وفي المجالات الحيوية الأخرى والتشاور بين الدول الأعضاء في المنظمات الدولية .
- ٣ — العمل على نحو التفرقة العصرية والقضاء على الاستعمار في جميع أشكاله .
- ٤ — اتخاذ التدابير اللازمة لدعم السلام والأمن الدوليين القائمين على العدل .
- ٥ — تنسيق العمل من أجل الحفاظ على سلامة الأماكن المقدسة وتحريرها ودعم كفاح الشعب الفلسطيني ومساعدته على استرجاع حقوقه وتحرير أراضيه .
- ٦ — دعم كفاح جميع الشعوب الإسلامية في سبيل المحافظة على كرامتها واستقلالها وحقوقها الوطنية .
- ٧ — إيجاد المناخ لتعزيز التعاون والتفاهم بين الدول الأعضاء الأخرى .

مبادئ المنتظم : أما المبادئ التي يستوحها المنتظم فهي

- ١ — المساواة التامة بين الدول الأعضاء .
- ٢ — احترام حقوق تقرير المصير وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء .
- ٣ — احترام سيادة واستقلال ووحدة أراضي كل دولة عضو .
- ٤ — حل ما قد ينشأ من منازعات فيما بينها لخلول سلمية كالمفاوضة أو الوساطة أو التوفيق أو التحكيم .
- ٥ — امتناع الدول الأعضاء في علاقاتها المتبادلة عن استخدام القوة أو التهديد

باستعمالها ضد وحدة وسلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة عضو .

ولا يخطئ القارئ للأهداف والمبادئ في ملاحظة أن من دمجها كان متأثراً إلى حد كبير بلغة وفلسفة ميثاق الأمم المتحدة .
هيئات المنتظم :

ويضم المؤتمر الإسلامى الهيئات التالية :

- ١ - مؤتمر ملوك ورؤساء الدول والحكومات وهو الجهاز الأعلى ويجمع حينما تقتضى مصلحة الأمة الإسلامية .
 - ٢ - مؤتمر وزراء الخارجية ويجمع مرة كل سنة أو عند الاقتضاء فى أى من البلدان الأعضاء .
 - ٣ - الأمانة العامة والمؤسسات التابعة لها ، ويرأس الأمانة العامة أمين عام لمدة سنتين ويجوز إعادة تعيينه لمدة أخرى ويعاونه أربعة مساعدين . هذا بالإضافة إلى محكمة العدل الإسلامية التى أصبحت بما أدخل من تعديل على ميثاق المؤتمر الإسلامى جهازاً من أجهزة المؤتمر .
- كذلك يضم المؤتمر اللجان المتخصصة التالية :

- ١ - لجنة القدس .
 - ٢ - اللجنة المالية الدائمة .
 - ٣ - اللجنة الإسلامية للشئون الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .
 - ٤ - اللجنة الدائمة للتعاون العلمى (والتكنولوجيا) .
 - ٥ - اللجنة الدائمة للتعاون الاقتصادى والتجارى .
 - ٦ - اللجنة الدائمة للإعلام والشئون الثقافية .
- هذا فضلاً على الأجهزة المتفرعة عن المنتظم (أى أجهزة فرعية للأمانة العامة) وهذه لم يشر إليها ميثاق المنتظم ولكنها نشأت بمقتضى قرارات من مؤتمر وزراء الخارجية . والأجهزة هى :
- ١ - صندوق التضامن الإسلامى (لاهور سنة ١٩٧٤) .

- ٢ — صندوق القدس (اسطنبول / ١٩٧٦) .
- ٣ — معهد البحوث الإحصائية والاقتصادية والاجتماعية (انقرة / ١٩٧٧)
- ٤ — مركز الأبحاث للتاريخ والفنون والثقافة الإسلامية (اسطنبول / ١٩٧٩)
- ٥ — المركز الإسلامي للتدريب (التقنى) والمهنى والبحوث .
- ٦ — المؤسسة الإسلامية للعلوم والتكنولوجيا والتنمية (جدة / ١٩٧٥ ،
(١٩٧٩)
- ٧ — مجمع الفقه الإسلامي (حده / ١٩٨١) .

أجهزة المنتظم :

هذا وهناك أجهزة أخرى تقرر إنشاؤها ولكنها لم تر النور بعد وهي :
المركز العالمى للتربية والتعليم الإسلامى ، المركز الإسلامى لتنمية التجارة
(الدار البيضاء / ١٩٨١) ، واللجنة الإسلامية للهلل الدولى (ليبيا)
واللجنة الدولية للتراث الإسلامى ، وانجلس الإسلامى للطيران المدنى
(تونس) ، واللجنة الإسلامية الدولية للقانون (الأمانة العامة) ، والمعهد
الإسلامى للترجمة (الخرطوم) .

وجدير بالذكر أن وزراء الخارجية دأبوا منذ سنة ١٩٨٣ على تأكيد ألا
تنشأ أجهزة جديدة إلى أن تكتمل دراسة هيكل الأجهزة القائمة بالفعل . وفى
تقديرى أن مجمع الفقه الإسلامى واللجنة الإسلامية الدولية القانونية يحسن
إدماجها لتحقيق مريد من الانسجام فى البحث والخروج بمفاهيم أكثر اتساقا
وأقرب صلة بالمشكلات .

وكالات المؤتمر :

كذلك هناك مؤسسات إسلامية أنشئت فى إطار المنتظم ويمكن أن أسميها
بتعبير العصر وكالات متخصصة للمنتظم وهي :

- ١ — البنك الإسلامى للتنمية .
- ٢ — الوكالة الإسلامية الدولية للأبناء .
- ٣ — (منظمة) إداعات الدول الإسلامية .

- ٤ — العرفة الإسلامية للتجارة والصناعة وتبادل السلع .
- ٥ — (منظمة) العواصم الإسلامية .
- ٦ — الاتحاد الإسلامي للملكى البواحر .
- ٧ — (المنظمة) الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة .

حصانات وامتيازات منتظم المؤتمر الإسلامى :

وافق مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامى السابع الذى عقد فى استنبول خلال الفترة من ١٣ إلى ١٦ جمادى الأولى سنة ١٣٩٦ هـ الموافق ١٢ إلى ١٥ من مايو سنة ١٩٧٦ على اتفاقية حصانات وامتيازات منتظم المؤتمر الإسلامى . وتلخص أهم أحكام الاتفاقية فيما يلى :

- ١ — يتمتع المنتظم بشخصية قانونية من حيث أهلية تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها ، والتعاقد والتقاضى .
- ٢ — تتمتع أموال المنتظم وموجوداته أينما كانت بالحصانة القضائية مالم يقرر الأمين العام التنازل عنها صراحة على ألا يتناول هذا التنازل إجراءات التنفيذ ، ولعل ذلك من اختصاص مؤتمر وزراء الخارجية .
- ٣ — حرمة المباني التى يشغلها المنتظم مصنونة ولا تخضع أمواله وموجوداته أينما تكون لإجراءات التفتيش أو الحجز أو الاستيلاء أو المصادرة أو ماثل ذلك من إجراءات جبرية ، وكذا حرمة المحفوظات والوثائق بأنواعها مصنونة .
- ٤ — تعفى أموال المنتظم من الضرائب المباشرة والرسوم الجبركية والقوانين والأوامر الصادرة بحظر أو تقييد الاستيراد أو التصدير .
- ٥ — تعامل رسائل المنتظم فى إقليم كل دولة عضو معاملة الأفضل .
- ٦ — يجوز للمنتظم استعمال الرمز فى رسائله وإرسال مكاتباته برسول خاص أو بحقائب يكون لها وللرسول ماللرسل والحقائب الدبلوماسية من الحصانات والامتيازات ،
- ٧ — يتمتع ممثلو الدول الأعضاء فى الهيئات الرئيسة أو الفرعية والمؤتمرات

الى يدعوا إليها المنتظم أثناء قيامهم بأعمالهم وسفرهم إلى مقر اجتماعهم وعودتهم منها بالحصانات والامتيازات الآتية :

عدم حوار الترض عليهم أو حجزهم أو حجز أمتعتهم الشخصية .
الحصانة القضائية ، حرية المحررات والوثائق ، حق استعمال الرمز .
حق إعفائهم وروحانهم من جميع قيود الإقامة ، التسهيلات التي تمنح للمبعوثين المؤقتين فيما يتعلق بالنظم الخاصة بالعملة بالقطع ، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية بالنسبة لأمتعتهم الخاصة ، الامتيازات والإعفاءات الدبلوماسية التي لا تتعارض مع ماسبق مع استثناء الإعفاء من ضريبة الإقتاح ومن الرسوم الجمركية على الأشياء المستوردة غير أمتعتهم الشخصية . ويتمتع الخبراء من غير الموظفين بحصانات وامتيازات مماثلة .

٨ — يجب على الدول الأعضاء رفع الحصانة عن ممثلها إذا اتضح أن تلك الحصانة تحول دون تحقيق العدالة وأن رفعها عنه لا يؤثر في الغرض الذي من أجله منحت .

٩ — لا تنطبق أحكام الحصانات والامتيازات المقررة لممثل الدول الأعضاء بالنسبة لحكومات الدول الذين هم من رعاياها أو التي يمثلونها إلا إذا وافقت الدولة صاحبة الشأن .

١٠ — يتمتع الأمين العام وموظفو المنتظم بالحصانات والامتيازات الآتية :
الحصانة القضائية في عملهم ، إعفاء من الضريبة على المرتبات والمكافآت ، الإعفاء هم وعوائلهم من قيود الهجرة ، التسهيلات الدبلوماسية فيما يتعلق بالنظم الخاصة بالقطع ، التسهيلات الدبلوماسية لإعادة إلى الوطن وقت الأزمات الدولية ، الإعفاء من الرسوم الجمركية في بحر سنة من تاريخ تسلمهم العمل .

وعلاوة على ذلك يتمتع الأمين العام والأمناء المساعدون وكبار الموظفين هم وعوائلهم بالمزايا والحصانات الدبلوماسية كل بحسب درجته .

وبمحدد مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامية الإسلامية — ساء على مايرفم إلى الأمين العام — فتات موطنى الأمانة اندبى تنطق عليهم هذه الأحكام .

١١ — نرفع الحصانة عن الأمين العام والأمناء المساعدين وكبار الموظفين موافقة مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامية ، أما باقى الموظفين فترفع حصانهم بقرار من الأمين العام .

١٢ — يحور لأمانة المنتظم منح تذاكر مرور لموظفيها وتمنح التأشيرات لحاملى تلك التذاكر بناء على طلب من الأمانة العامة .

١٣ — يشكل المؤتمر هيئة لفض المنازعات :
(أ) الناشئة عن التعاقد وغيرها من المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص التى يكون المنتظم طرفا فيها .

(ب) التى يكون طرفاً فيها موظفو المنتظم الذى يتمتع بحكم مركزه بالحصانة إذا لم نرفع عنه هذه الحصانة .

١٤ — لا يحول تطبيق الاتفاقية دون أن تتخذ كل دولة من الدول الأعضاء ماتراه مناسباً من تدابير لصيانة سلامة بلادها أو أمنها أو نظامها العام . وعليها عندئذ أن تسارع بالاتصال بالأمانة العامة بقدر ماتسمح به الظروف للاتفاق على الإجراءات الكفيلة بحماية مصالح المنتظم .

إن الحصانات التى لحصت أحكامها فيما سلف لاتستمد مشروعيتها من حكم نص صريح فى القرآن أو السنة كما أنها لاتستند إلى سوابق فى الشطر . من التاريخ الإسلامى الذى يمكن أن نعتبر سوابقه مما يقاس عليه عند تقرير أحكام النظرية الإسلامية ولكننا نستطيع أن نلمح من بعيد إشارات لقاء بين تلك الحصانات والامتيازات وبين الأمن الذى ينعم به الحرم المكى الشريف ومن يدخله لاسيما إذا فهمنا الحرم بمعناه الواسع وهو المساحة من الأرض التى تحدد بها مكة المكرمة .

ولكننى لا ألع فى تأكيد التماثل أو التقارب بين تأمين الحرم وقاصديه مع أن

هذا الأمان عام لا يتوقف على أن يكون الدخول بقصد العبادة — وبين تأمين المنتظم الدولى وممثل الدول الأعضاء والموظفين العاملين فيه ، وإما أقيم هذه الحصانات والامتيازات على القاعدة الأصولية التى اقيم عليها الحصانات والامتيازات الدبلوماسية وهى أن مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب من حيث أن المؤتمر الإسلامى هو تصور حديث لرابطة الإيلاف التى تجمع الدول الإسلامية وأن حسن تحقيق المؤتمر لأهدافه فى تقرير التضامن الإسلامى ودعم التعاون تقتضيها ، فهى أهداف تزكيا النظرية الإسلامية على الدول الإسلامية فى علاقاتها بعضها ببعض الآخر ، وفى قول آخر فإن الواجب الذى يلزم أنه تتوخاه الدول الإسلامية فى علاقاتها المتبادلة يؤدى إلى ضرورة الإقرار للمؤتمر الإسلامى بالحصانات والامتيازات التى ألححت إليها آنفا .

٢ — جامعة إسلامية لنشر الدعوة فى ربوع أفريقيا :

بدأت الاستعدادات النهائية لافتتاح أول جامعة إسلامية فى قلب القارة الأفريقية لتنشر الثقافة الإسلامية والتعليم الإسلامى وتحمل الدعوة الإسلامية من خلال تخريجها لدعاة إسلاميين من أبناء الدول الأفريقية يحملون العلم والثقافة الإسلامية اللغوية والأدبية والشرعية مثلاً وقدوة ودعاة يمشرون بدين الإسلام ويحملون لواءه ويعملون على تعليم أبناء القارة الأفريقية لغة القرآن الكريم وآدابها والعلوم الشرعية والفقهية وغيرها . والجامعة الجديدة هى جامعة النيجر الإسلامية والتى تتخذ من مدينة « ساي » بجمهورية النيجر مقراً لها ، وهى تابعة لمنظم المؤتمر الإسلامى .

وللجامعة مجلس تنفيذى يتألف من رئيس الجامعة ونائبيه ومن عمداء كليات الجامعة ومسجل الجامعة وأعضاء هيئة التدريس ويتمخرون من طرفها . ويتولى رئيس الجامعة رئاسة المجلس التنفيذى ويتولى هذا المجلس اقتراح اللوائح التنفيذية للجامعة وإنشاء كليات أو معاهد أو أقسام جديدة بالكليات ومنح الدرجات العلمية وإقرار مناهج الدراسة وخططها فى الكليات والمعاهد على أن تكون متضمنة الثقافة الإسلامية والتعليم الإسلامى بالنسبة لكافة المستويات والتخصصات .

إن الجامعة الإسلامية في النيجر ستكون إن شاء الله رائدة لفكرة الجامعة الإسلامية المفتوحة في القارة الأفريقية لأن الحاجة لها ضرورية وماسة نظراً لكبر واتساع القارة الأفريقية وافتقارها إلى التعليم الإسلامي الصحيح . كما سيتم إيجاد قنوات للاتصال العلمي مع مختلف الجامعات الإسلامية في العالم الإسلامي من أجل التعاون العلمي والأكاديمي معياً للاستفيد من خبراتها وتجاربها وكفاءاتها العلمية من أعضاء هيئات التدريس .

- وسنستطيع أن نقول إن الجامعة تهدف للقيام بدور بناء إلا أن المساهمة وإثراء حياته بالإضافة إلى تمكين الطالب من استيعاب العلم والتقانة واستخدام حصيلة المعرفة العلمية فيما يعود بالخير على البلاد الإسلامية وشعوبها وقيام الجامعة في إطار برامج تحقيق التضامن الإسلامي بالبحث الأكاديمي والنظر في قضايا المجتمع من خلال المنطلقات الفكرية الإسلامية المتفاعلة مع احتياجات البيئة . كما ترفع الجامعة في إطار خطط المؤتمر الإسلامي حركة إحياء ونشر التراث الإسلامي في القارة الإفريقية وتشجيع البحث والسعي في تحقيق التقارب والتفاهم بين شعوبها وتوفير الإطار الملائم والوسائل اللازمة للتعليم العالي والدراسات العليا في مختلف مجالات العلوم والمعرفة بجانب العناية الخاصة بالدراسات الإسلامية وأبحاثها وتعليم اللغة العربية ونشرها والنهوض بالنشاط الثقافي والرياضي والاجتماعي والعلمي .

وقد راعى النظام الأساسي لإنشاء الجامعة الإسلامية بالنيجر أن تضم الجامعة العديد من الكليات المختلفة لتتكمّل رسالتها العلمية ولتحقق الغرض منها في توفير فرص التعليم أمام أبناء المسلمين في مختلف التخصصات العلمية . وقد نص النظام الأساسي على أن تكون الجامعة من كليات اللغة العربية والدراسات الإسلامية والعلوم والطب والاقتصاد ، وسوف يتم إنشاء تلك الكليات تدريجياً ، كما يجوز لمجلس أمناء الجامعة إنشاء كليات أخرى أو معاهد علمية جديدة .

إن الجامعة ستبدأ ببدء الدراسة في كلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية

والتي ستضم ثلاثة أقسام علمية هي العلوم الشرعية ، واللغة العربية ، والعلوم التربوية . وسيتم قبول ١٠٠ طالب موزعين وفقاً لنسب معينة .

المبحث الثاني في المنظمات غير الحكومية

تمهيد :

المنظمات غير الحكومية هي المنظمات التي تنشئها هيئات غير حكومية . ولذا فإن رسالة هذه الفئة من المنظمات لا علاقة لها بالقضايا السياسية وإن كنا لا نستطيع أن نجرد نشاطها وقراراتها من الآثار السياسية ، فضلاً على أنها يمكن أن تقوم في الجماعة الدولية بدور جماعات الاسترهاب التي تعرفها المجتمعات الداخلية وذلك بما لها من قدرة على تجميع الرأي العام وتطوير وسائل الإعلام . وأضرب مثلاً لذلك بموقف رابطة العالم الإسلامي من حركة الجمهورية الإسلامية التي تزعمها في السودان محمود طه فقد أدانت الرابطة تلك الحركة وأيدت إعدام المذكور وذلك نشاط قد لا تكون له سمات سياسية ظاهرة ولكن علاقته بالأوضاع السياسية واضحة .

والحق إن قيام منظمات إسلامية غير حكومية ظاهرة يجب أن يشاركها كل مخلص للدعوة لأنها يمكن — إن صدقت نواياها واستقام سبلها — أن تقوم بدور فعال على درب الإحياء السليم للدعوة الإسلامية النقية . ومما يذكر أن مؤتمر المنظمات الإسلامية الذي عقد بمكة سنة ١٩٧١ عزز نشاط لجنة عليا في رابطة العالم الإسلامي للتنسيق بين مختلف المنظمات الإسلامية .

وقد تعددت بحمد الله المنظمات غير الحكومية في وقتنا هذا واختار منها أبرزها وهي :

١ - الرابطة العالمية للإسلامى .

تخلط الكثيرون بين الرابطة وبين منتظم العام الإسلامى الذى قدمت الكلام عنه فى حين أن المؤتمر منتظم حكومى أما الرابطة فمنتظم غير حكومى ابتقى عن المؤتمر الإسلامى العام الذى عقد بمكة المكرمة خلال الفترة من ١٨ - ٢٠ مايو سنة ١٩٦٢ واستمرت فيه وفود شعبية قدمت من دول إسلامية وغير إسلامية .

والرابطة منتظم عالمى تمثل فيه كافة الشعوب الإسلامية ، وهو بذلك يستكمل النقص فى عضوية المؤتمر الإسلامى التى تستعد لتمثيل بعض تلك الشعوب داخل المؤتمر .

وقد عقدت الرابطة العديد من المؤتمرات الإسلامية بغية تحقيق أهدافها وهى نشر الإسلام وشرح مبادئه والتصدى للقيادات والأفكار والحركات الهدامة والدفاع عن القضايا الإسلامية بما يحقق مصالح المسلمين ويحل مشكلاتهم وأجهزة الرابطة هى :

- (أ) المؤتمر الإسلامى العام ، ويعقد دورته خلال موسم الحج .
- (ب) المجلس التأسيسى ، ويضم ستة وخمسين من العلماء وقادة الرأى والفكر فى العالم الإسلامى ويختارون من المناطق والدول الإسلامية وغير الإسلامية بترشيح من الأمين العام وموافقة المجلس .
- (ج) الأمانة العامة ، وتتبعها مكاتب فى الخارج ، تبلغ حوالى خمسة عشر مكتباً .

والرابطة عضو فى مجموعة (أ) للمنظمات غير الحكومية ذات النفع الاستشارى بالمجلس الاقتصادى والاجتماعى للأمم المتحدة وعضو فى اليونسكو وفى صندوق الطفل الدولى ، وتحضر اجتماعات المؤتمر الإسلامى . ولها ممثل لدى الفرع الأوروبى للأمم المتحدة فى جنيف وفى مقر السوق الأوروبية المشتركة ببروكسل .

٢ - الأمانة العامة للمجلس الاقتصادي للمساجد :

وتهدف إلى تكوين رأى عام إسلامي وتمكين المسجد من أداء رسالته والحفاظ على الأوقاف والدفاع عن حقوق الأقليات الإسلامية في أداء شعائهم الدينية . وقد أُنشئ المجلس في سبتمبر سنة ١٩٧٥ بقرار من مؤتمر رسالة المسجد. ويتكون من هيئة تأسيسية تضم ٢٥ عضواً دائماً ، ٢٤ عضواً مكملين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد . وهؤلاء يمثلون أربعين شعباً وأقلية إسلامية .

ويعقد المجلس دورة سنوية .

٣ - مجلس مجمع الفقه الإسلامي :

ويضم مجلساً وأمانة ألحقت بها عدة لجان هي لجنة المصطلحات الفقهية ولجنة التراث الفقهي ولجنة البحث العلمي ولجنة الصياغة ولجنة الدراسات المعاصرة ولجنة المكاتبات وقسم الأرصاد . ويهدف إلى احياء التراث الفقهي ونشر ودراسة ما يستجد من مسائل . ويعقد دورة سنوية .

٤ - الندوة العالمية للشباب الإسلامي :

تأسست سنة ١٩٧٣ بمدينة الرياض بالمملكة العربية السعودية ، وتهدف إلى خدمة الفكر الإسلامي بين الشباب ودعم المنظمات الشبابية الإسلامية .

وتضم : الاجتماع العام والأمانة العامة ورئيس عام الندوة والمكتب التنفيذي والهيئة الاستشارية . والعضوية فيها على ثلاثة أنواع : عضوية عاملة لمنظمات الطلبة المسلمين وعضوية مؤثرة للمنظمات غير الطلابية والشخصيات القيادية وعضوية استشارية للشخصيات الإسلامية والشبابية .

ويصدر قرار العضوية عن رئيس الندوة بناء على توجيه الأمانة العامة .

٥ - جمعية الدعوة الإسلامية :

وهي جمعية ليبية مقرها طرابلس ولكن نشاطها عالمي . وقد نشأت بناء على

توصية من مؤتمر للدعوة الإسلامية سنة ١٩٧٠ ويحكم نشاطها القانون الليبي .

وتهدف الجمعية إلى نشر الدعوة الإسلامية على الصعيد العالمي . وقد أولت الجمعية اهتماماً للقضايا الإسلامية كقضية فلسطين وقضية أفغانستان .

وتنضم الجمعية العمومية واللجنة التنفيذية والأمين العام . ولعاتها الرسمية هي العربية والإنجليزية والفرنسية .

٦ - مؤتمر العالم الإسلامي :

وهو استمرار للمؤتمرين اللذين عقد أولهما بمكة سنة ١٩٢٦ وتانيهما بالقدس سنة ١٩٣١ ، ذلك أن مؤتمرا عقد بكراتشي وقرر إحياء المؤتمرين السالفين . وقد تكرر انعقاد المؤتمر بعد ذلك ويهدف إلى إحياء عمل إسلامي مشترك وتوحيد الأمة الإسلامية والدعوة إلى الله . ويضم مجلسا بعد اجتماعاً سنوياً وأمانة عامة .

وأحب أن ألفت النظر إلى عدم الخلط بين هذا المنتظم غير الحكومي وبين منتظم المؤتمر الإسلامي الذي هو منتظم حكومي كما اسلفت .

٧ - الهيئة الخيرية الإسلامية العالمية :

وتهدف إلى المشاركة في كافة أوجه نشاط البر ونشر الثقافة الإسلامية والتعريف بمبادئ وأخلاقيات الدين الحنيف . وقد انشئت بمرسوم أميري سنة ١٩٨٧ .

وأجهزة الهيئة هي الجمعية العمومية ومجلس الإدارة والمدير العام . والعضوية في الهيئة نوعان : عضوية عاملة لأعضاء الجمعية التأسيسية وغيرهم من الشخصيات المسلمة التي تساهم بالجهد والمال في الهيئة ، وعضوية شرفية تضم الشخصيات البارزة التي يختارها مجلس إدارة الهيئة لما قد يراه من نفع يؤديه للهيئة .

٨ - جمعية دار اليتيم :

لا أرى داعياً هنا للتذكرة بالظروف الاقتصادية والاجتماعية التي يعيش في

ظنّها سكان الضفة الغربية وقطاع غزة المحتلين لكي ندرك صعوبة مواجهة هذه الظروف والمهمة العظيمة الملقاة على عاتق الذين يتقدمون للمحاربة من أجل خدمة الأهداف الاجتماعية والحياة المنحة لسكان تلك المناطق . وإذا أضفنا إلى ذلك المشكلات الاقتصادية مثل اليتيم والفقر وفقدان أخو العائلي السليم أصبحت المهمة أكثر من أن يحتملها أفراد قلائل ، ولتطلب الأمر مساهمة كل ذوى الأيدي الكريمة في طول العام الإسلامي وعرضه . وخاصة في العام العربي الذي يحمل شرف نشر الدعوة الإسلامية التي هي دعوة الخير في كل مكان .

وفي ظل غياب الاهتمام الرسمي الكفيل بتلبية الاحتياجات النفسية والحياتية والاجتماعية للأطفال الأيتام وتهيتهم فيما بعد للدخول في معترك الحياة مسلحين بالوعي الديني والثقافة الوطنية الإيمانية انطلقت الجمعية قبل ربع قرن لتعمل بجهد مشكور على الرغم من كافة العراقيل والصعاب التي اعترضت طريقها .

وقد تأسست الجمعية سنة ١٩٦١ ووضعت نصب أعينها الأهداف التالية :

١ — احتضان ورعاية الأيتام لفقدتهم أحد الوالدين أو كليهما ، أو ضحايا التفكك الأسري ، بتوفير السكن والغذاء والكساء والرعاية المدرسية والعناية الصحية وتعويضهم عما افتقدوه من حنان واستقرار ومنحهم الحق في حياة كريمة .

٢ — رعاية وجوه الخير والمساهمة في النشاط الاجتماعي العام .

وقد استمرت الجمعية في عملها الدؤوب في رعاية الأيتام في المرحلتين الإعدادية والثانوية ولكن بسبب ما حل عام ١٩٦٧ وما أسفر عنه من ظروف طارئة رأت الجمعية أن تكفي برعاية الأيتام من سن ٦ — ١٤ تمهيداً للانتقال إلى مرحلة أكثر تطوراً ، وبعد وقت طويل — وبسبب المصاعب الاقتصادية أساساً — استطاعت الجمعية تطوير أعمالها . وهي تحتضن حالياً عدداً من الذكور الأيتام من سن ٦ — ١٨ سنة وتؤمن التعليم الجامعي للمتفوقين منهم وتوفر لنزلائها — وعددهم ٦٤ شخصاً — السكن المزود بدفء عاطفة والحنان والملبس والطعام والرعاية المدرسية والصحية .

الفصل الثالث

فى

التعريف بالقانون الدولى الإسلامى وأصوله

المبحث الأول

فى

التعريف بقانون السلام الإسلامى

وجوهر القاعدة القانونية الإسلامية

١ — تعريف القانون الدولى الإسلامى :

تفيض كتابات الفقه الدولى المعاصر سبيل من تعريفات القانون الدولى يبا، أنها تختلف فى السج فبعضها تتخذ من أشخاص القانون الدولى ركيزة لتعريف القانون و حين كانت العلاقات الدولية هي نقطة البداية عند العص الآخر . ولكنى لا أحس فى نفسى قناعة بأى من الاتجاهين . ذلك أن العالم كان — إلى منتصف القرن العشرين — ضبعة الاقرباء فهم الذين يجلبون أبقاره ويقتسمون تماره أما اليوم فقد انفتح الباب الموصود للدول غيبها وفقيرها وكان لامد لمفاهيم القانون الدولى من أن تهب للقاء هذا التطور فلم يعد الخير حكراً لحفنة من الدول بل أصبح قسمة بينها يشترك فيها صغيرها وكبيرها . وبعد أن كانت الكشوف الجغرافية منشأ لحقوق انحصارية تنفرد بها قلة مختارة أصحت فى خدمة السياره . ثم إن الاتفاقات التى تعالج « الأقاليم الجديدة » (القطب الجوى والقاع المحيطى والفضاء الكونى) تشترك فى ظاهرة هامة تدعونى إلى أن أدرجها جميعاً تحت مسمى « التراث المشترك » ذلك أنها لم تدخل « الأقاليم الجديدة » فى حوزة القادر وإنما تعدها لتكون نطاقاً مشتركاً للإنسانية تتعادل

حياتها الدول في الحقوق وتساوى في الميزات . لقد أزلت هذه الأفكار للدول غير بعيد ونبوء أن بعضاً من نظريات القانون الدولي سوف تنقلب رأساً على عقب تحت طرقات الوافد الوليد .

ولما كان المآخذ الذي يعاب على التعريفات التي ترتبط بأشخاص القانون هو أن حصر الشخصية القانونية الدولية في ظواهر بعينها أمر خطير لأن إضفاء الشخصية القانونية الدولية على وحدة بذاتها هو من المسائل التي قد تتغير بتغير الزمان وتبدل الظروف فما هو من أشخاص القانون الدولي اليوم قد لا يصبح كذلك غداً أو ما ليس شخصاً قانونياً في الحال قد يصبح شخصاً مستقبلاً . ولما كان ما قدمت من إيضاح — أى تأكيد التطور الجذري الذي تشهده العلاقات الدولية اليوم — يمكن أن يكون مبرراً لمطالب تؤخذ على التعريفات التي تنطلق من العلاقات الدولية . فإننا نجد أنفسنا أمام طريق مسدود يحسن معه أن نقنع — كما فعل البعض — من الغنيمة بالإياب ولكننا لن نكون حالين الرافض .

كذلك فإن المذاهب التي تتخذ من طبيعة العلاقة منطلقاً لتعريف القانون الدولي لها مثالب أخرى، من حيث أن هناك صعوبة نلقاها عندما نريد تحديد المواقف التي نخرج عن تطبيق القانون الدولي ذلك أن حدود القانون الدولي في عرف تلك المذاهب تبدو غامضة ومضامينه ليست ثابتة ومجال معالجته غير مؤكد . وقد أراد البعض الخروج من هذا المأزق فاقترحوا أن يكون معيار تطبيق القانون الدولي هو مدى أهمية العلاقة فالقانون الدولي عندهم هو القانون الذي يحكم المسائل التي تهتم الجماعة الدولية بالدرجة الأولى وتكون ذات خطورة تتخطى الحدود السياسية . ولكننا بهذا إنما نعرف الماء بعد الجهد بالماء ، فهل تعتبر الألعاب الأولمبية مثلاً من علاقات القانون الدولي أم لا طبقاً لهذا التعريف ؟ .

إن القانون الدولي نسق تلعب فيه التطورات والأهداف دوراً بارزاً بمعنى أنه يتمثل في مجموعة من قرارات ذات حجية تتخطى الحدود السياسية التي يقيمها الناس لتحديد ورعاية المصلحة المشتركة .

فلا مشاحة إذن ان انهى إلى القول نأى أصبحت من انصار الاتحاد الذى يعزف عن التثبث بوضع تعريف جامع مانع للقانون الدولى من حيث أن مثل هذا التعريف يمكن — على هدى مما أسلفت — أن يصبح عقبة على درب تطور ذلك القانون .

وفى مجال البحث عن تعريف للقانون الدولى يحدّر بها أن يذكر الاتجاه الاشتراكى الذى يرى بأن القانون الدولى هو جماع معاهيم القانون التى تحدد حقوق وواجبات تجمعات الطبقات الحاكمة التى تسهم فى العلاقات الدولية . ويرغم الفقهاء السوفيت أن القانون الدولى — كنظام قانونى يعطى مما بين الدول — إنما يعبر عن إرادة الطبقات المسيطرة فى كل مجتمع . وهكذا فإن الطبقات تقوم فى النظرية الاشتراكية بدور غير مباشر فى تطوير القانون الدولى . بيد أن الكتابات الحديثة للفقهائ السوفيت تكشف عن تقبل وحداد أخرى غير الدول ضمن اشخاص القانون الدولى .

غير أن النظرية الإسلامية تقوم فى رأى — أو يجب أن تقوم — على نظرة مزدوجة للقانون الدولى بمعنى أن يكون للقانون الدولى فى النظرية الإسلامية مدلولان ، مدلول فى علاقة الدول الإسلامية بعضها ببعض الآخر ومدلول فى علاقة دار الإسلام بدار المخالفين ومؤدى هذا أن يكون من قواعد السلام قواعد عامة يشترك فيها المدلولان وتدرج فى كل بالمفهوم ذاته مثل أحكام حماية البيئة من التلوث ، وقواعد خاصة بكل مدلول على حدة مثل القواعد المتعلقة بالتعاون ذلك أن التعاون الذى يجمع بين الدول الإسلامية يقبل إلى حد التكافل .

أما التعاون بين دار الإسلام ودار المخالفين فيجرى فى حلبة التعايش أو التعاون . والتعايش هنا له مظهران : إيجابى يتوقع من الدول الإسلامية أن تسهم فى تنظيم الجماعة الدولية والعمل على رقيها ، ومظهر سلبى يعنى الاحترام المتبادل بين دار الإسلام ودار المخالفين لحقوق كل وفى مقدمة ذلك احترام نشاط دار الإسلام فى الدعوة لعقيدها والأمتناع عن استخدام القوة أو التهديد

باستخدامها . ومن ثم فإن هذا التعايش لا يلعب كل أنواع الصراع والتنافس وإنما يهدف من سورتها فيبقى عليها في حلة السلام بعيداً عن امتشاق الحسام . ولعل أقرب مثل لما أقصده لمدرّك التعايش في عمومته — دون تفاصيله — هو التعايش الذي يزوج اليوم بين الدول الاشتراكية ودول العالم الحر ، فهما داران مختلفان عقيدة ولكنهما تتعايشان واقعاً وتلتقيان عند قواعد مشتركة دون أن يصل ذلك إلى التناحر الساخن مع عدم إغفال القانون الدولي الاشتراكي الذي يحكم علاقة دول الكتلة الشرقية بعضها ببعض الآخر . وأود أن أصيف هنا كلمة تحذير ما كان أغنانى عنها لولا خشيتي من سوء فهم المتفهمين الذين قد يظنون أنني هنا — والعباذ بالله — أقابل المفاهيم التسوية بالمفاهيم الإسلامية .

والتعايش الذي عنيته هنا هو تعايش مع الدول غير الكتائية أما الدول الكتائية فإن العلاقة معها — إذا كانت دولاً متوادة معنا — تقوم على التعاون كما أوضح في موقعه من هذا السفر .

بيد أنني استلمح لفت النظر إلى أن الوجه الجديد الذي يجاهد القانون الدولي اليوم في التحلي به — وهو ما أسميته التكافل أو التعاضد — هو الوجه الذي استشرفته النظرية الإسلامية منذ فجر عهدها ، أي أن القانون الدولي العام ينتهي هذه الأيام بأوليات بدأها قانون السلام في الإسلام منذ أول الزمان .

ذلك أننا نستطيع أن نلخص تاريخ تطور القانون الدولي المعاصر بأنه بدأ قانوناً للتعايش ثم انقلب برحمة من الله — مع إحلاله التنظيم الدولي — إلى قانون للتعاون وهانحن نقف على عتبة تطور جديد وهو قانون التكافل متمثلاً في مدرّك التراث المشترك . وأحب أن أتناول هذا القول بشيء من التحديد والتوضيح .

يمكن أن أوجز نزعة التكافل أو التعاضد في القانون الدولي المعاصر في مصطلح « التراث المشترك » بمعناه

الشامل الذى يلغى السيادة السياسية ويغلفها بغلاف سميك من المصالح الاقتصادية فيسقط في مناطق من هذا الكون ادعاءات الدول حقوق فردية ولا يقر لها فيها بمنافع اقتصادية، انحصارية وإنما يجعل الدول شريكات لا فصل لاحداها على الأخرى إلا ما تسعى . وتمتلإرهاصات تلك السرعة في مناطق الترات المشتركة في قاع البحار العامة وفي الفضاء الكوني وفي القطب الجنوبي فلم يعد لدولة ما أن تدعى بحق السيادة في تلك الأقاليم المستحدثة أو ان ترغم الانفراد بمنافع أى من هاتيك المناطق المستجدة . أما إذا انتقلت إلى النظرية الإسلامية فإننا نلاحظ — كما أسلفت — أن للقانون الدولي الإسلامى مدلولين : «مدلول» في علاقة الدول الإسلامية بعضها ببعض الآخر ، ومدلول في علاقة الدول الإسلامية بالدول غير الإسلامية . وتلك حقيقة يجب ألا تعيب عن البال في تفهم أحكام قانون السلام في الإسلام حيث أن القانون الدولي في النظرية الإسلامية هو — فيما بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر — قانون التعاضد والتكافل وهو فيما بين الدول الإسلامية وغير الإسلامية قانون التعايش ، أو التعاون في ظروف مناسبة .

أما أن العلاقات الدولية الإسلامية تقوم على التعاضد والتكافل فذلك دليله من القرآن والحديث . يقول سبحانه وتعالى « إنما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون » (الحجرات / ١٠) . بيد أننى احب ها أن أشير إلى أن الاخوة والتعاضد بين الدول الإسلامية لاينفى المكانة الخاصة التى تستع بها المنطقة العربية داخل العالم الإسلامى فهى — دون أن يعتبر ذلك نكرة قومية أو عنجهية عرقية — تشكل الرابط الحقيقى للأمة الإسلامية وقاعدة البناء للوحدة العقائدية ولذا يقول عز وجل مخاطباً العرب في محكم كتابه « لقد أنزلنا إليكم كتابا فيه ذكركم أفلا تعقلون » (الأبياء / ١٠) .

ومن هذا الواقع لا نجد في العالم الإسلامى من لا ينظر إلينا بهذه القساعة بل ويؤمن أنه بين اتحاد العرب ووحدتهم يجد العالم الإسلامى منطلقه الحقيقى . ولذلك نجد كثيراً من المفاهيم يختلف حكمها في العلاقات الإسلامية عنه في

العلاقات العالمية — أى بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية — وأضر بذلك مثلاً مستمداً من قوله عز وجل « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله » (الحجرات / ٩) . إن أمر الله هنا يلزم الوحدات السياسية الإسلامية غير المتحاربة بالتدخل بين الوحدات السياسية المتحاربة . وهذا الالتزام لا تفرضه قواعد القانون الدولي المعاصر إلا إذا قبلته الدول رضاء ، وفي حدود ذلك الرضاء ، شأن ميثاق الأمم المتحدة . أما في النظرية الإسلامية فإن تكافل الدول الإسلامية يفرض عليها في كافة الظروف أن تتدخل لإهاء تلك الحرب وإصلاح ذات البين فإذا لم ترعو إحدى الطائفتين فقد بغت أى أصبحت ظالمة وعندئذ يجوز العدوان عليها . « ولا عدوان إلا على الظالمين » ، ويصبح التزاماً على الدول الإسلامية أن تقف إلى جانب الدولة التي امتثلت ضد التي بغت . وقد اعتبر التنزيل الحكيم قرار الدول المتدخلة أمراً من الله أوله قوة أمر الله ولذا وجب على الدولة الإسلامية ألا تتخلى عن انفاذ ذلك القرار حتى تفيء إليه الدولة الباغية ، ومثل ذلك الالتزام أيضاً لا تفرضه قواعد القانون الدولي المعاصر إلا إذا ارتضته الدول بارادتها في حين أنه قاعدة من القواعد الآمرة في النظرية الإسلامية . ومن ثم فإن الموقف المتعاضد الذي وقفته الدول الإسلامية من نزيف الدم الذي كان يهرق على الأرض العراقية الايرانية وقناعتها بالتباكي والنواح لا يفسره إلا أنهم يريدون أن تكون غير ذات الشوكة لهم ولا يشفى صدور المؤمنين وإنما يسعد ويشمت المخالفين .

وإذن فالنظرية الإسلامية تربط بين الوحدات السياسية الإسلامية — وأظهرها الدول — بروابط الأخوة لما فيه خيرها قاطبة وصلاح أحوالها وتأمين مستقبلها وتحقيق أمانها وأمالها . وتجعل منها بنياناً مرصوصاً وجسداً محسوساً فإذا شكى عضو منها تداعت له باقي الدول بالعون وشد الأزر . لا أن تكون كما هي الآن تحسبهم جميعاً وقلوبهم شتى وسعيهم في تار .

ولذا فإن السياسة الخارجية للدول الإسلامية محتمة حيال الدول غير

الإسلامية يلخصها الحديث الشريف « أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً » . ونصرة الأخ الظالم تكون تمنعه عن الظلم ونصرة الأخ المظلوم تكون بالوقوف إلى جانبهِ حتى ينتصف « أشداء على الكفار رحماء بينهم » (الفتح / ٢٩) . تلك هي العروة الوثقى التي لا انفصام لها .

وإذن فالسيادة و مدلولها السياسى لابد أن تتخذ مفهوماً خاصاً فى علاقات الدول الإسلامية المتبادلة فلا يجوز للدول الإسلامية أن تتمسك فى علاقاتها المتبادلة بفكرة السيادة فى مدلولها السياسى المطلق وعلى المستوى عينه وبالتشدد ذاته الذى تتمسك به فى علاقاتها مع الدول الأجنبية . إن تراخى مدرك السيادة فى نطاق العلاقات الإسلامية يتضح — من بين أمور أخرى — فى فهم فكرة التدخل كما أسلفت حيث يكون على الدول الإسلامية أن تهتم الواحدة بشئون الأخرى على نحو يغير الوضع فى علاقة الدولة الإسلامية بالدولة غير الإسلامية لأن الفلسفة التى تحكم العلاقات الإسلامية هى تحقيق التعاضد والتكافل الإسلامى فى أقصى معانيه وإن بقيت التقسيمات السياسية التى ينقسم إليها العالم الإسلامى مسمياتها الحالية . وفى قول آخر فإن هذه التقسيمات السياسية لا يجوز أن تقف عائقاً أو تكون دريعة لتقاعس دولة إسلامية عن القيام بنصيبها أو أداء دورها فى تدعيم التضامن الإسلامى وتحقيق الصالح المشترك « إن هذه أممكم امة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » (الانبياء / ٩٢) . إن قانون السلام فى الإسلام لا يفرض الوحدة على السول الإسلامية وإمائيتها — إن لم تكن — تمهيداً للصراط المستقيم الذى يؤدى إليها . ومن ثم فإن هناك رابطة اتحادية واقعية إلزامية — أقرب ما تكون إلى ما أسماه حلف الإيلاف (الحلف الكونفدرالى) غايتها أن تنقلب بنعمة من الله إلى ما أسماه حلفاً للمواالات (التحالف المركزى أو الفدرالى كما يسميه الغربيون) وسواء تمت الوحدة أم ظلت الدول الإسلامية فى كيانات سياسية منفصلة فإنها يجب أن تكون كالبنيان يشد بعضه بعضاً . ولذا فإنى أرفع عقيرتى فى هذا المقام آملاً أن نشهد يوماً قريباً تتخايل فيه السمات السابقة لهذا الترايط ولعل مبتدأها أن نجعل من الحج مناسبة حقيقية تشهد فيه الدول الإسلامية منافع لها وأن ينعكس ذلك فى صورة

دار ندوة (برلمان) إسلامية تمهد الطريق للاتحاد الحقيقي وتجمع الرأي الإسلامي على ما فيه خير الإسلام والمسلمين حتى تكون الأمة الإسلامية خير أمة أخرجت للناس . وقد يكون ذلك التجمع مناسبة لكي تصبح اللغة العربية — لغة التوحيد الديني — هي أيضاً لغة التوحيد الاجتماعي والسياسي لا أن يظل الحال كما هو اليوم إذ يجتمع مؤتمر القمة الإسلامي وكأننا في برج بابل فكل رئيس يتكلم بلسان حتى أن البعض عجز عن نطق البسمة أو اسم الرحمن . ولا نسي هنا أن الله سبحانه وتعالى قد وجه بهذا فيما رسمه للحج البيت المعمور إذ أن فريضة الحج ليست أداءً لمناسك فحسب بل هي أيضاً مناسبة لطلب منافع الدنيا وزخرف الحياة « ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معدودات » (الحج / ٢٨) كما شاءت حكمته أن يجعل البيت مثابة للناس وأماناً . « وإذا جعلنا البيت مثابة للناس وأماناً » (البقرة / ١٢٥) .

إنني لا أقصد بما قدمت أن النظرية الإسلامية تلزم الدول الإسلامية برسم سياسة تتناغم في تفاصيلها وتتناسق في جزئياتها وإنما عليها أن تتفيا سياسة عامة موحدة الأهداف متشابهة المقاصد وإن اختلفت مسالك الدول الإسلامية في اتباعها أو تباينت دروبهم في الوصول إليها . يقول عز وجل « إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم في شيء » (الأنعام / ١٥٩) . ويذهب الشاطبي في تفسير هذه الآية — وأنا أؤيد مايقول عنها في موافقاته — « أن كل مسألة حدثت في الإسلام فاختلف الناس فيها ولم يورث خلافهم عداوة ولا بغضاء فهي من الإسلام . « وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به » (الأحزاب / ٥) أما إذا أوجبت العداوة والتنافر والقطيعة فهي ليست من أمر الله والدين في شيء » — والحق أن هذا الشرح — الذي يضع عندي قاعدة السلوك الدولي فيما بين الدول الإسلامية بعضها ببعض الآخر — له منطق التوفيق بين مدلول الآية السالفة في وحدة الأمة الإسلامية — ومدلول قوله تعالى « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض » (البقرة / ٢٥١) .

لقد شاعت حكمة العلي القدير أن بتورع عباده في حدود سياسية مختلفة « ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة » (هود / ١١) . وقد أوضح الحكيم الخبير بعض حكمته في هذا التوريع في قوله « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيراً ولينصرن الله من ينصره » (الحج / ٤٠) . ولكن هذا التدافع هو للخير وليس للشر وقد أوضحه الكزيم المتعال في قوله « ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليلوكم فيما أتاكم فاستبقوا الخيرات إلى الله مرجعكم جميعاً فينصكم بما كنتم فيه تختلفون » (المائدة / ٤٨) .

فدل في هذه الآية على أن قيام الوحدات السياسية فيه عمار الدنيا إذا كان لاستباق الخيرات وأن عالمية الإسلام هي أصلاً عالمية مادية وأحكام وليست حكماً عالمية سيادات وحكام .

وأما أن العلاقات العالمية — أى مع الدول غير الإسلامية — تقوم على التعايش فدلله قوله عز وجل « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً » (آل عمران / ٦٤) . وإن عبادة الله وعدم الشرك به مؤداها احترام الأسس العامة التي تقوم عليها تلك العبادة في معاملة الغير وتبعاً ضمان أن تتعايش تلك الدول مع الدولة الإسلامية في سلام وأمان ، كما فعلت الحبشة في عهد الرسول ﷺ وصدر الإسلام بالإسلام يسعى إلى إيجاد التوافق بين أصحاب الأديان والكتب السماوية فكانت الكلمة السواء نبراس تلك العلاقات . بيد أن الأمر هنا يتعلق بأهل الكتاب أى بالدول التي تقر بالأديان السماوية ولا تحارب أصحابها . فما القول بالنسبة للدول التي تقف موقفاً عدائياً من الأديان وتقاوم دعوة أصحابها وتنكل بأنصارها . إن الكلمة السواء — أى التعايش السلمي — تقوم على الاشتراك في الأسس العامة لحضارة لها سمات من الإيمان بوحداية الله ، وتبعاً فإن عدم توفر ذلك الشرط يسقط أثره فلا تلتزم الدولة الإسلامية بأن ترعى تعايشاً سلمياً مع تلك الدول . والتعايش لا يقتصر على الدول الكتابية : مسيحية واليهودية فحسب ،

بل يتعدى إلى الدول التي تأخذ حكم الكتابية مثل الزرادشتية . ولعل الكلمة
السواء تتضمن من المفاهيم ما يمكن شرحه بمقاصد الأمم المتحدة وهي حفظ
السلم والأمن الدوليين وتطوير العلاقات الودية وتحقيق التعاون — (م ١/١ :
٢٥/٢) . ومن سوابق التاريخ الإسلامى فى ذلك التعايش الإسلامى أن الدولة
العباسية والدولة البيزنطية حكمتا معا معامدة بعض حزر البحر المتوسط .
وهكذا نجد أن المفهوم الإسلامى للجماعة الدولية يبدو أكثر إنسانية إذا هو
قور بالمفهوم الرومانى الذى يقسم العالم إلى رومان وبرابرة ولا يعترف للبرابرة
بحقوق ما إلا تحت المظلة الرومانية ، وهو كذلك أكثر انجائية من المفهوم
الأوروبى عندما تفوق بعلاقاته على دول المسيحية وحدها فالدعوى إلى سبيل
الله إنما تكون بالحكمة والموعظة الحسنة . « ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي
هى أحسن إلا الذين ظلموا منهم وقولوا آمنا بالذى أنزل إلينا وأنزل إليكم وإلنا
وإلحكم واحد ونحن له مسلمون » (العنكبوت / ٤٦) ، وإذن فما هو الحكم
بالنسبة للدول التى تكر الأديان وتخابر العقائد السماوية ؟ إن الحواب على
هذا السؤال يثير الجدل فقد يقال إن الدولة الإسلامية تستطيع أن تدحل فى
علاقات سلمية مع تلك الفئة من الدول وأن تعايش معها كما تعايش مع الدول
الكتابية لأن الإنسانية هى الحكم والإنسانية متوفرة لتلك الدول كما هى متوفرة
لغيرها من الدول أخذاً بمفهوم إشارة القول الكريم « يأياها الناس إنا خلقناكم من
ذكر وانثى » فالإشارة إلى الأصل الواحد تعبير عن الاشتراك فى مفهوم
الإنسانية . وكذلك قوله عز وجل « كيف يكون للمشرىكين عهد عند الله
وعند رسوله إلا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم فاستقيموا
لهم » (التوبة / ٧) . وقد نقول إن الشرك نجس وتبعاً فلا يجوز للدولة
الإسلامية أن تدحل فى علاقات تعايش مع تلك الدول لأن الكلمة السواء
أساسها — كما قلت — حد أدنى من الاشتراك فى المفاهيم القانونية . وذلك
لا يتوفر إلا بعقيدة التوحيد . والقول عندى هو الرأى الثانى فلا يجوز للدولة
الإسلامية أن تعترف بوحود قانونى لتلك الدول فإن اضطرتها الظروف إلى
التعامل معها فإن ذلك يكون على أسس واقعية وليست قانونية . لأن الآية التى

سبقها بدأت بإثبات حقيقة وهي إنكار عهد الله ورسوله على المرتكبين وقد جاء في الآية التالية « كيف وإن يظهروا عليكم لا يرقوا فيكم إلا ولا ذمة » (التوبة / ٨) .

فإذا ما دخلت الدولة الإسلامية مع دولة غير إسلامية في علاقات تعايش تم نكست الدولة المخالفة على عقبيها وقلت للدول الإسلامية ظهر المحن ، فماداً يكون موقف الدولة الإسلامية عندئذ ؟ الرأي عدى أن أبسط ماتفعلة الدولة الإسلامية هو قطع علاقاتها مع تلك الدولة وهذا هو أسط الإيمان تطبيقاً للحديث الشريف « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وهذا أضعف الإيمان » ، فإن خشيت منها خيانة — وكانت لدى الدولة الإسلامية القدرة والإمكانية — وجب أن تبذل إليها على سواء « فيما تخافن من قوم خيانة فأنذ إليهم على سواء » (الأنفال / ٦٨) . وذلك هو الحكم الذي يجب على الدولة الإسلامية أن تسلكه حيال الدول التي لا ترعى إلا ولا ذمة في أقليتها المسلمة كالفليين مثلاً .

فإذا نظرت إلى الموضوع من زاوية أوسع وتساءلت عن عضوية الدولة الإسلامية في حركة كحركة عدم الانحياز أجد أن هذه حركة سياسية في غالبها فهي تقوم على تجمع تربطه المصالح لاستفاد أعضائها من غطسة الدول الراية وتوفير مزيد من الإمكانية للدول الصغرى كي تلعب دوراً أكثر فعالية على المسرح العالمى . وفي حدود هذا الفهم لا أرى غضاضة في أن تنضم الدول الإسلامية بظروفها الراهنة إلى تلك الحركة وهذه صورة للتعاون .

ومعنى ذلك أن علاقة الدول الإسلامية بالدول غير الإسلامية تقوم على مبدأ عدم الاعتداء وتحريم استخدام القوة لأن التعايش السلمى لا يعنى الامتناع عن الحرب فحسب بل ايضاً التعايش في ظروف سلمية أى أن نعطي مالم يقصر لقيصر ومالله لله ، وفي عبارة موجزة « عش ودع غيرك يعيش » . ومأقرب هذه الصورة من التصور التقليدى للعلاقات الدولية في بدايات القانون الدولى المعاصر . بيد أن هذا لا يعنى أن تقف الدولة الإسلامية موقفاً سلبياً من الدول

غير الإسلامية وإنما يعنى أن إيجابية العلاقات تقوم أصلاً على مدرك السلام .
 ذلك أن الحياة الدولية تتطلب أن تُطور الدولة الإسلامية — حسباً تقتضيه
 مصلحتها — بعض العلاقات كالعلاقات التجارية والتفافية وعبر ذلك من
 العلاقات التي تربط بين الناس خارج بنيانهم الاجتماعى والسياسى لدوهم شأن
 ما كان حاصلًا بين الدول — كما قلت — منذ نيف وقرين من الزمان . ولعل
 الفارق الوحيد هنا بين النظرية الإسلامية والنظرية المعاصرة هو فى تعريف
 العدوان ، ذلك أن العدوان على النشاط الثقافى الدينى يدخل فى النظرية
 الإسلامية ضمن مدرك العدوان الذى يبرر اتخاذ الإجراءات التى تتطلبها
 مقتضيات الدفاع الشرعى وتلك مسألة لا تهاون فيها . « يأياها السى جاهد
 الكفار والمنافقين واعلظ عليهم » (التوبة / ٧٣) . ولذا فإن للدفاع
 الشرعى — بهذا المفهوم — معنى قد يختلف فى بعض مناحيه عن مدرك الدفاع
 الشرعى فى القانون الدولى المعاصر .

وإذن فعلاقة الدولة الإسلامية بأى من دول دار المخالفين تتوقف على سياسة
 تلك الدولة من الدول الإسلامية . وتلك لعمر الحق بديهة من بدييات
 السياسة الدولية فإن هى هجت منهج المودعة والمسألة كان حكمها هو
 ماقررت الآية الكريمة « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوك فى الدين ولم يخرجوكم
 من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين » (المتحنة /
 ٨) . وعندئذ لا يطلب من المسلمين أن يمارسوا إكراها على هؤلاء لأن
 الإقسط لهم يتناهى مع الإكراه .

ولكن لنا أن نتساءل هل يدخل فى تلك الضرورة أن يفتح باب العضوية
 فى المؤتمر الإسلامى لدول غير إسلامية أو أن يسهم فى قمته رؤساء غير
 مسلمين . أم أن ذلك يمتنع لأنه يدخل فى حكم قوله تعالى « لا تتخذوا بطانة
 من دونكم » (آل عمران / ١١٨) .

وإذا كانت الأوضاع الدولية الراهنة قد فرضت على الدول الإسلامية أن
 تسلك سبيلاً غير سبيل المؤمنين فذلك استثناء عارض ومحذور تبجحه الضرورة

« قل لو آمن أهل القرى لفتحنا عليهم بركات من السماء والأرض »
(الاعراف / ٩٦) « وما كان ربك ليهلك القرى بظلم وأهلها مصلحون »
(هود / ١١٧) .

٢ — جوهر القاعدة القانونية الإسلامية :

تتعدد المدارس في توضيح جوهر القاعدة القانونية وبيان أساس القوة الإلزامية للقاعدة ولذا استملح جمع هذه المدارس — من قبيل الإنجاز غير المخل — في قسمين : مدارس المصدر الطبيعي ، ومدارس المصدر الوضعي . وأود ألا يختلط الأمر على القارئ فيحسب أنني أقصد بمدارس المصدر الطبيعي مدارس القانون الطبيعي ، ومدارس المصدر الوضعي مدارس القانون الوضعي ، ذلك أنني اضع تحت المدارس الأولى كافة الأفكار التي تتخذ من غير الإرادة مصدراً ولذا أدخل فيها مثلاً المدرسة الاجتماعية أما المدارس الوضعية فأدرج تحتها كافة النظريات الوضعية ولذا فهي تضم في مفهومى مدرسة كالمدرسة المساوية .

إن النظرية الطبيعية ترى أن العقل هو أداة التعرف على القانون ومصدر العقل في استيحاء القانون — في نظر اصحاب الأفكار اللاهوتية من آباء الفقه الدولى — هو الوحي الإلهي ، وعند اصحاب الأفكار العلمانية من المتأخرين هي الفطرة . أما النظرة الوضعية فتستمد قواعدها من التجربة البشرية والخبرة التاريخية والممارسات العملية . والحق أن المدرستين تتداخلان فالعقل في كليهما وسيط الطبيعة وسيط التجربة .

فإذا عرضنا الأمر على النظرية الإسلامية نجد أن أساس القوة الإلزامية للقاعدة القانونية هي الإرادة الإلهية كما تشخصت في القرآن الكريم وصحيع الحديث . وإذن فليست إرادة البشر أو الدول هي جوهر القاعدة القانونية ومصدرها الخلاق وإنما هي الإرادة الإلهية الشارعة . وعلى هدى من هذا فإن النظرية الإسلامية تدخل في مدارس القانون الطبيعي . ولكن ماهو دور العقل — حسب النظرية الإسلامية — في استيحاء تلك القواعد وقد جاءت بها

آيات القرآن وبصوصل الأحاديث . ولما كان هذا المحت، لابد أن يستشعر
 أفكاراً فلسفية ليست في ذاتها من اختصاص المقيمه القانوني ولكنه لا يستعير
 عنها لأنها هي الصوائط الأساسية التي تشكل نزعة الساحب والمطلق الذي يلتزم
 ضوؤه من عل لإدارة الطريق ، فإنني أنود هنا أيضاً بما قاله فلاسفة المسلمين في
 إبحار بالغ يعنى القارئ، من الصياح في متاهات فلسفية تجاوز هوائته النابوية .
 ذلك أن التطابق ليس تاماً بين الفكر الغربى والفكر الإسلامى في نطاق مفهوم
 القانون الطبيعى ، ففقههاء القانون الطبيعى يتصورون القانون على أنه كامن في
 طبيعة الأشياء ، في الكون وفي طبيعة العقل البشرى وحقوق الإنسان
 الأساسية . ويرون أن العقل البشرى يمكن أن يستنبطه — أو الجرى الأعلى
 منه — بوصف أن العقل قادر على تحديد الخطوط العريضة — على الأقل —
 للمعاداة الطبيعية . وهذه أفكار ترفضها النظرية الإسلامية التقليدية ، إذ أن
 جمهور الفقهاء لا يعتبر العقل اصلاً من أصول التشريع ولكن من فلاسفة
 المسلمين من يقترب منها أو يماثلها .

فالأشعرية ينكرون على العقل البشرى — منفصلاً عن الرضى الإلهى — أن
 يميز صفة الخير في التصرف الإنسانى لأن الخير والشر يحددهما الأمر والنهى .
 فعندهم أن الله لا يأمر بالفعل لأنه حسن وينهى عنه لأنه شئ بل إن العقل يعتبر
 الأمر حسناً إذا أمر الله به ويعتبره سيئاً إذا أمر الله به ، فالله هو خالق الأشياء
 بما فيها من حسن وقبح .

ويقول المعتزلة بعير هذا فهم يرون أن الحسن والقبح صفتان ذاتيتان لبعض
 الأشياء وإن أشياء أخرى تتردد بين النفع والضرر والخير والشر فالأشياء في
 رأيهم ثلاثة أقسام : أشياء حسنة في ذاتها لا يجوز إلا أن يأمر الله بها وأشياء
 قبيحة في ذاتها وهذه لا يجوز أن يأمر الله بها . وأشياء تتردد بين القبيح والحسن
 وهذا القسم يجوز الأمر به أو النهى عنه . فإن أمر به فهو حسن وإن نهى عنه
 فهو قبيح للنهى . وأساس رأى المعتزلة — كما هو ظاهر — فرض الحسن الذائق
 والقبح الذائق في الأمور ، وأن الحسن لذاته يكلف الشخص القيام به . وإن لم

يعلم من الشرع : والقبيح لذاته يكلف الشخص أن يتجنبه ولو كان لا يعلم
سوى الشارع عنه .

ويرى الماتريديّة وكذلك الحنفية أن للأشياء حساً ذاتياً وقبحاً ذاتياً
ويقسمون الأشياء من حيث الحسن والقبح كما قسمها المعتزلة . بيد أنهم
يختلفون بعد ذلك عنهم . فالحنفية يرون أنه لا تكليف ولا ثواب بحكم العقل
المجرد ، بل إن الأمر في التكليف والثواب والعقاب إلى النص وإلى الحمل على
النص . فليس للعقل المجرد أن يتفرد بتقرير الأحكام في غير موضع النص وبل
لابد أن يرجع إلى النص أو يحمل عليه بأي طريق من طرق الحمل ، أو بعبارة
أخرى ليس العقل من مصادر التكليف .

ولقد ذهب الشيعة من علماء المسلمين إلى أن العقل مصدر فقهي فيما لم
يرد به كتاب ولا سنة . على أنهم يعرفون السنة بمعنى أوسع ، ولكن العقل
يعتبر مصدراً من مصادر الفقه الإسلامي عند الإمامية على أساس من الشرع ،
فبإذن منه جعل لهم الحق في الأخذ بما يشير إليه العقل (حامد سلطان —
أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٦٠ ،
٦١ ، ٦٢) .

وشبهه بما قدمت مذهب العقلين Rationalists الذي ساد أوروبا في عصر
النهضة وتكاد تكون نظرية كراب في « الإحساس بالحق Sense of right » ترجمة
صادقة لرأى المعتزلة . فعند كراب أن أساس الالتزام ليس قوة خارجية وإنما هو
قوة داخلية تلك هي غريزة الإحساس بالحق . إن كراب لا يقصد بهذا الإرادة
الشارعة الإلهية — وهي الإرادة الشارعة فيما يتعلق بالأصول — ولكنه يقصد
الإرادة الشارعة السلطانية فهي إرادة ثانوية ودورها يتعلق بالفروع .

ومن ثم فإن تحليل جوهر القاعدة القانونية الدولية الإسلامية يكشف عما
يكشف عنه تحليلها في المفهوم المعاصر وهو تداخل اتجاهات المدارس الفلسفية
المختلفة بحيث يصعب على الباحث أن يدعى لنفسه اتجاهاً بعينه فهو لا بد دائر
بين كافة الأفكار . بيد أن تبين الخيط الأبيض من الخيط الأسود — أي التفرقة

بين قواعد القانون الطبيعي الإلهي والقانون الوضعي البشرى — أمر أكثر يسراً في النظرية الإسلامية وأظهر حداً في المفاهيم الإسلامية منه في القانون الدول المعاصر . وذلك بتفصيح بجلاء في التفرقة بين القواعد الآمرة وغيرها من النوازل في كل من النظرتين الإسلامية والزمنية .

لقد استبط البعض من هذا أن قانون السلام في الإسلام قانون سنّة ذات سمة دينية (وخير تعريب فيما أرى لتعبير natural law هو قانون السس أو قانون الفطرة . ولذا فإنني أستطيع أن أستخدام مصطلح السنة بدلاً من القانون الطبيعي) . إنه نظام يسبق قيام الدولة الإسلامية ولا تسبقه ويهمن على الجماعة الإسلامية ولا تهمن عليه .

وعندى أن هذا القول يحتاج إلى توضيح ، ذلك أن جل الأحكام في النظرية الإسلامية جاءت ضمن الآيات المدنية وفي قول آخر فإن نزول آيات لتلك الأحكام عاصر إن لم يكن قد تلى قيام دولة المدينة وكان نزولها محملاً لتعالج الأحداث . ومن هنا استعد القول بأن النظام القانوني الإسلامي يسبقه وجود الدولة الإسلامية . إن القانون الإسلامي يتشخص في المبادئ العامة للشرعية التي هي في متناول أي باحث . ثم إن عبر التاريخ وسوائقه وحاجات الجماعة الإسلامية شكلت إلى حد بعيد أحكام القانون الأمر الذي توصله أسباب نزول الآيات وصدور الحديث . وهكذا فإن النظرية الإسلامية تقدم مزيجاً طريفاً من العناصر التاريخية والاجتماعية والسموية . بيد أن آمال الجماعة الإسلامية لم تكن هي وحدها العامل الحاسم في صياغة القانون فهي تؤخذ بعين الاعتبار في إطار النسق السماوي الذي نزل من لدن الحكيم العليم . والحق أن الإسلام كأداة اجتماعية إنما يسعى لتحقيق أمن ورفاهية الجماعة . وينقسم القانون في الإسلام إلى قواعد آمرة وقواعد مفسرة . وتلك التقسمة هي التي تشرح لنا التوازن بين أحكام النظام العام المستمدة من القانون الإلهي الطبيعي أو الفطري — حيث لا أرادة للدولة الإسلامية — وبين الأخكام الأخرى التي يمكن أن تقيمها الدولة الإسلامية لمواجهة حاجاتها المتطورة أو المتجددة .

وتتحه الفلسفة الحديثة — لا سيما في الهند — إلى مناقشة العقل والطبيعة .
وينسب إلى محمد إقبال — الفيلسوف الهندي — أنه يصف الطبيعة بأنها شيء
ليس منفصلاً عن الله ولكنه تصرف الله « إن النفس العليا — في لغة القرآن —
يمكنها أن تستعنى عن جميع العوالم فما نسميه الطبيعة أو ماسوى النفس — ليس
إلا لحظة طارئة في حياة الله » (فضل الرحمن — الفلسفة الإسلامية الحديثة ،
ص ٩٠ ، مقال منشور في الثقافة الإسلامية والحياة المعاصرة ، جمع ومراجعة
وتقديم محمد حلف الله — القاهرة ، ١٩٥٥) .

إن العقل هو الحكي والنهي ضد الخمن ورجل عاقل هو الجامع لأمره لأنه
العقل المثبت في الأمور (ابن منظور : لسان العرب ج ١١ ص ٤٥٨) .
ودليل العقل وقع فيه خلاف إذ نفاه البعض وأثنى الآخرون . وقد ذكرت
بعضاً من حجاج المثبتين ولا أريد أن أخوض في أدلة من نديه والتي تدور حول
اتباع الرأي والقياس لأن ذلك هو الذي أوقع التهارج والخلاف بين المسلكين
وهي كلها بادية الضعف بآبائها المنطق وتتجافها الشطرة السليمة .

واحق إن للعقل — بنض النظر عن العنصر الفلسفي — دوراً لا يمكن
إيكاره في النظرية الإسلامية فالنظرية الإسلامية تجعل من العقل حسنًا في فهم
الأحكام ، كما هو في العقيدة . يقول عز وجل « ومثل الذين كذبوا كمثل
الذي ينعق بما لا يسمع إلا دعاء ونداء صم بهم عمى فهم لا يعقلون »
(البقرة / ١٧١) . ويقول الشيخ محمد عبده في تفسير هذه الآية « إن الآية
صريحة في أن التقليد بغير عقل ولا هداية هو شأن الكافرين وأن المرء لا يكفر
دواماً إلا إذا عقل والعقل ولو مسالماً بغير فكر هو غير مؤمن فليس القصد من
الإيمان أن يذلل الإنسان الخبير كما يذلل الحيوان بل القصد منه أن يرتفع عقله
وترقى نفسه بمحمل الخير لأنه يفهم آداب الخير السامع المردى ، لا يترك البشر لآدائه
يفهم سوء عاقبته بدرجة مضرته ... » (هدياته المحذرين » (البلد / ١٠) .

« فالعقل قوة يتميز بها الإنسان عن غيره من سائر المخلوقات على هذه
الأرض وهو بذلك يرتبط بإدراك وفهم الأصول الإسلامية . إن للإنسان حرية

كبرى في تفهيم ماحوله من قوايس الحياة ذلك أن الافعال الإنسانية شتارة فيما أمرت به ، وكما يشهد سليم العقل والحواس من نفسه أنه موجود ولا يحتاج في ذلك إلى دليل يهديه ولا لعلم يرشده ، كذلك يشهد أنه مدرك لأعماله الاختيارية يزن نتائجها بعقله ويقدرها بإرادته » (محمد عبده — رسالة التوحيد في محمد عمارة : الأعمال الكاملة للإمام محمد عبده / طبعة بيروت سنة ١٩٧٢) . واللجوء إلى العقل ينطلق من حقيقة أنه قمة متطورة ومن ثم فليس صحيحاً أن نتخذ من تفكير ساذج في عصر ما أساساً لتقييد التفكير في عصر لاحق له . وتبعاً فلا ضرورة هناك لأن يقف عقل المعاصرين عندما قال به عقل من سبقوهم . ولذلك فقد أعطى عمل العقل وصفاً آخر فسمى اجتهاداً . جاء في الكتاب العزيز « كذلك نفصل الآيات لقوم يعقلون » (الروم / ٢٨) وأريد ذلك ايضاحاً عند الكلام على الاجتهاد الفقهي .

بيد أن إضفاء تلك الاهمية على العقل لا تعني أنه متحرر من القيود ينطلق بلا حدود وإلا اتجه إلى الشطط وبعد عن الحقيقة . لقد جاء الأنبياء لإتمام مراحل التطور الاجتماعي والعكرى البشرى ، فهم تستقيم أحوال البشر ويتهدب الوجدان . ومن ثم فإن العقل والتفكير البشرى قاصران عن تحقيق السعادة للإنسان ومن هنا وجب استكمال تلك السعادة بتقوية الوجدان أى الوازع والضمير . وتبعاً فإن الوحي لا يتعارض مع العقل فالعقل بقوانينه يستطيع أن يثبت حقيقة النبوة وبذا يؤمن بكل ما جاء في القرآن وبأنه احتوى على رسالة إلهية .. وإذن فيمكن أن نقول مع الشيخ محمد عبده — إن هناك منطقتين : منطقة يعمل فيها العقل بغير حدود ومنطقة تخضع فيها تصورات المرء للمبادئ والأسس الإلهية « فالإسلام جاء ليطلق سلطان العقل من كل قيوده ويعمل في مملكته بحكمته مع الخضوع في ذلك لله ، وحده ... والوقوف عند شريعته » . (محمد عبده — المرجع السابق — ج ٣ — ص ٤٢٦) .

إننا إذا أنعمنا النظر فيما سلف نجد أن العقل كان أداة مدارس المصدر الطبيعي للتعرف على القانون وكانت الارادة أداة مدارس المصدر الوضعي في

وضع قواعد القانون . والعقل والإرادة — في الفكر القانوني — وجهان لعملة واحدة . ولذا فإن الفرق في الحقيقة بين الرعيتين فارق في التعبير والتفصيل دون الجوهر والتعليل لأن الحقيقة التي يشترك فيها الاتجاهان هي أن العقل هو أداة تحديد القواعد . والعقل في الرعيتين إنما يخضع لمؤثرات خارجية عنه يفعل بها ويصهرها في بوتقته ليخرج من ذلك بفكرة ماهية القاعدة القانونية . والحق أن التدرج المتعمق لفلسفة القانون في جوهر قاعدته ينتهي إلى أن المدارس المختلفة في جوهر القاعدة القانونية يجب أن تنصهر في فلسفة واحدة . ذلك أن مدارس المصدر الوضعي تنظر إلى الأمور من حواشيها ولا تعالجها في جوهرها فهي تستطيع مثلاً أن تقول إن كل عبدة في التاريخ تشكل قاعدة قانونية أو أن كل ضرورة اجتماعية تحلقت حتماً ملزماً . ولكن الذي يختار العبد ويتقن الفكر هو العقل . والعقل — سواء ابعث عن الطبيعة أم عن وحى — إنما يصدر عن توجيه إلهي لأن الطبيعة ليست إلا قدرة من قدرات الله . ومن ثم فإن التحليل الصادق ينتهي إلى أن العقل الإلهي هو جوهر القاعدة القانونية ومصدر إلزامها .

ولذا فإنني وإن كنت قلت إن جوهر القاعدة القانونية الدولية في النظرية الإسلامية هو قانون السنة أي إرادة الله التي يستمدّها العقل من القرآن والحديث بفطرة الله التي فطر الناس عليها إلا أن النظرية الإسلامية تتسع للنظرية الوضعية كذلك بل إنها مدرسة طبيعية ووضعية إن نحن أخذنا بالتعبيرات المعاصرة وذلك على أساس ما سلفت من أن العقل — أي الاجتهاد — أساس مشترك في كافة المدارس التي تباقت جوهر القاعدة القانونية . وإذن فالاجتهاد يمثل نطاق المدارس الوضعية في النظرية الإسلامية كما يمثل في الوقت ذاته نطاق المدارس الوضعية في تلك النظرية . وأهم صور الاجتهاد إذا نظرنا إلى جوهر القاعدة الإسلامية نظرة وضعية هي الإرادة الشارعة التي يملكها ولي الأمر — أي الدولة — فيما يتعلق بالقواعد التفسيرية في الأحكام الإسلامية ، ذلك أن لولي الأمر — بوصفه ممثلاً للجماعة الإسلامية التي يتولى أمرها — أن بشرح في نطاق تلك القواعد الفرعية مقيداً في

ذلك بالقواعد الأصلية والأحكام الآمرة التي شرعتها الإرادة الشارعية الإلهية .
 وولى الأمر في احتجاده — أى في ممارسته لإرادته القانونية الشارعية — استمد
 أدواته في التشريع — أى في الاجتهاد في التعرف على الأحكام من مصادرها —
 من وسائل وضعية على نحو ما أوضح في الكلام عن الاجتهاد وصوابه .
 وانتهى مما سلف إلى أن المصدر الحلاق للقاعدة القانونية الدولية في النظرية
 الإسلامية هي الإرادة الإلهية — أى نظرة مدارس السنن أو الفطرة ، وذلك في
 الأحكام الثابتة ، وإرادة اجتهاد — أى نظرة المذهب الموضوعي — فيما
 يستنبطه من تفسير أو يقره من أعراف خارج نطاق القواعد الآمرة أو الملزمة .
 ومن ثم فإن للدولة الإسلامية إرادة شارعة ولكنى أسميها بالإرادة المستمدة
 أو الثانوية لأن الإرادة الأصلية هي الإرادة الإلهية وهي إرادة شارعة مستمدة
 تعمل في إطار ماهو مستحب أو -مباح .
 إن هذا القول يركبه تصنيف النظرية الإسلامية لتصرفات الإنسان فهي
 تقسم تلك التصرفات إلى خمسة :

- (١) واجبة أى الرامية . (٢) مستحبة وليست ملزمة .
- (٣) مباحة فلا حرج من فعلها ولا ضرر من تجنبها .
- (٤) مكروهة . (٥) محرمة .

واستطيع — على هدى من هذا التصنيف — أن أقول إن النظرة الوضعية
 يمكن أن تجد لها مكاناً في نطاق ماهو مستحب وماهو مباح . أما المكروه فهو
 بين بين . أما الواجبة والملزمة فتمثل دائرة النظام العام . والحق أن فكرة النظام
 العام — التي تتسم بالغموض في الفكر الغربي — يبدو منطقها أكثر وضوحاً
 في النظرية الإسلامية من حيث أن السيادة العليا تكمن في القدرة الإلهية .
 إذ فالأصول ثابتة تهيم على الدولة أما الفروع فهي متغيرة تهيم عليها
 الدولة ، ولذا أستطيع أن أقول إن القواعد والأحكام المتعلقة بالفروع هي أقرب
 ماتكون إلى القواعد والأحكام الوضعية المفسرة أو المكملة . ومن ثم فإن القول
 بأن جوهر القاعدة الإسلامية هو القانون الطبيعي الإلهي (أى قانون الفطرة)
 لا يمنع من القول بأن النظرية الإسلامية — تأخذ فيما يتعلق بالأحكام
 الفرعية — بما يقارب النظرة الوضعية .

الفصل الرابع فى أصول قانون السلام الإسلامى

مبحث تمهيدى كلمة أولية : تحديد وتعريف

أصل الشيء لغة هو ما بهى عليه الشيء ومنشؤه الذى بنيت فيه والأصل كره النسب والأصل فيما ينسخ ومنه أصل وأصول الكتاب .

والمراد به اصطلاحاً — أى عند علماء الأصول — الدليل . ولما كان الفقه عند هؤلاء العلماء إنما يبنى على الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد فقد اعتبروا تلك المباني الأربعة هى أصول الفقه بمعنى أنها هى أدلة الفقه .

ولكننى أرى أن فى هذا المفهوم خلطاً لا يستقيم معه حسن عرض المناهيم ولا يتسق مع الدقة فى رسم طريق قويم لفكر سليم . إننى أضع القرآن والسنة فى مرتبة وحدهما ولا أسوى بينهما وبين الفقه لأنهما يعلوان على الفقه ويمدانه بمادة اجتهاده كما أننى لا أرى أن الاجماع أصل مستقل من أصول الشريعة حسبما أوضح فى حينه . ولذا فإننى استخدم مصطلح الأصول فى معنى شامل يجمع بين القرآن والسنة وفقه القرآن والسنة وأسانيد التفقه فى القرآن والسنة ولا أعادله بمصطلح الدليل ، ذلك أننى لا أعتبرهما كلها فئة واحدة متناظرة ولا أنظر إليها جميعاً على أنها أدلة وإنما أضع القرآن والسنة فى مرتبة الصدارة واعتبر الفقه دليلاً على ما يختويه المصدران من أحكام ، — وأما ما يسلكه الفقهاء فى التوصل إلى الأحكام كالقياس والاستحسان — فهى أسانيد التفقه وصوابه ومن ثم فإنى أتناول فى مبحث الأصول الكلام عن موضوعات ثلاثة . مصدر قانون السلام الإسلامى وأدلة أحكامه وأسانيد تلك الأحكام . وعلنى الآن

— كى أحسن عرض فكرتى — وى حاجة إلى أن أعرج بكلمة عن مقصود كل من المدلولات الثلاثة للاصطلاح العام « الأصل » فى مذهبى المصدر والدليل والسند :

يخلط الكثيرون بين لفظى « مصدر » و « دليل » ويحسبون أن اللفظين يخل أحدهما محل الآخر وهذا فى نظرى خلط بين المعنى اللغوى والمعنى النفى للفظين ، ففى الاستخدام اللغوى قد نطلق لفظة مصدر ونعنى بها القدرة الخلاقة كقولنا إن الله هو مصدر الحياة أى خالق الحياة . وقد نعنى بها الدليل المثبت كقولنا إن القلب هو مصدر الحياة أى أنه مابقى القلب نائضاً فإن هناك حياة ولكن لكل من اللفظين عندى فى الدراسة القانونية معنى اصطلاحياً مستقلاً يختلف عن المعنى الآخر ، فإنى اطلق « المصدر » على القدرة الخلاقة أى الإرادة الشارعة وأطلق « الدليل » على وسيلة الإثبات أى واسطة التحقق من صدور الإرادة الشارعة . وقد تبسط البعض فى التعبير عن ذلك التباير فاستبقوا لفظة « مصدر » ولكنهم اضافوا إليها اوصافاً تحدد المعنى المقصود فالمصدر الخلاق عندهم « مصدر موضوعى » ودليل الإثبات « مصدر شكلى » . بيد أنى أرى أن ذلك يعكس إفلاساً فى التعبير ويضفى غموضاً على التفسير ولذا فإن عرضى أدق تحديداً وأوضح بياناً . والحق أننى آخذ على دراسات علم الاصول عدم نقائها أحيانا فيما تصغيه من مفاهيم على بعض المصطلحات الأمر الذى ينجم عنه غموض فى مدلولات تلك المفاهيم .

أما السند فهو الضابط الذى ينضبط به الدليل كى يتعرف على الحكم المبحوث عنه ، والمثل يوضح ماأقول : لو أن أمامنا نصاً فى القرآن وأردنا أن نتفهم حكمه فإن النص هو مصدر الحكم ، والاجتهاد دليله ، والقياس وغير ذلك من الطرائق المماثلة هى سند مانصل إليه من حكم .

والحق أن جمهرة علماء الأصول يمزجون بين الدليل والسند فعضهم — كالشافعى — يتطلب فى المجتهد معرفة القياس فى حين أن معرفة القياس — فيما أرى — ليست شرطاً لتوفر مرتبة الاجتهاد وإيها هى وسيلة يسلكها المجتهد كى

يصل إلى فتواه . والبعض الآخر يذكر أسانيد الحكم الأخرى — مثل الاستحسان والمصلحة — كبدايل للاجتهاد أو قرائن له . والقول عندى فيها أنها ليست بدائل للاجتهاد ولا قرائن له ولكنها أدوات الاجتهاد التى يستند إليها المجتهد فى الوصول إلى ما ينتهى إليه فالمجتهد يتوصل إلى فقهه عن طريق استخدام القياس أو الاستحسان أو تحرى المصلحة ، الخ .

ذلك أن المجتهد — كما قال الغزالي — هو المستثمر الذى يحكم فطنه ، أما الأحكام فهى الثمرات (الغزالي — المستصفى — ٨ / ١) .

والاجتهاد ملكة تحصيل الحجج فهو صفة فى المجتهد ، أما طرائق جنى الثمرات أو ضوابط ممارسة الملكة فهى أسانيد المجتهد التى يتوصل بها للوصول إلى حكمه ، والمثل يقرب ما أقول ذلك أن الفنى يملك ملكة هى التى تتجسد فتأتى صورة مثلاً ولكنه لا يستطيع أن يصور صورته إلا بوسائط معينة هى الفرشاة والزيت والقماش . وهذا أيضاً هو مثل الاجتهاد ، فالاجتهاد ملكة ولكنها لا تمارس بالهوى وإنما طبقاً لضوابط منهجية معينة أى أن الاجتهاد بمثابة شهادة على الحكم وهى شهادة لها ثقلها لأن صاحبها — وهو المجتهد — تتوفر فيه شروط تطمئن إلى قبول الشهادة ولكنه لا يستطيع أن يدلى بشهادته إلا بأسلوب معين يستند إليه فى الإقناع بأنه يسلك وسائط سليمة ولذا فإننا نسأل عن الفتوى ونسأل عن صاحبها ونسأل عن مصدرها ونسأل عن الضوابط التى انتهجها وبذلك نحكم عليها .

وبديهي بعد هذه المقدمة أن أتناول الفروع الثلاثة التى تنطوى تحت مسمى « الأصول » وهى : المصادر (القرآن والحديث) والأدلة (الاجتهاد) والأسانيد (القياس والاستحسان والمصالح المرسله وسد الذرائع) — بشرح توضيحي .

المبحث الأول في مصادر قانون السلام

تحديد معنى المصطلحات :

لقد كانت مصادر قانون السلام في حياة الرسول هي الإرادة الإلهية التي ينسخها الله للناس عن طريق رسوله مما يتلوه الرسول ﷺ من قرآن كريم و ما يتولاه من حديث شريف « وما كان ليشتر أن يكلمه الله إلا وحياً أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا فيوحي بإذنه ما يشاء » (التورى / ٥١) .

وإذاً فالقرآن والحديث هما المصدران الوحيدان . وقد بين القرآن الكريم - بما لا يحتاج إلى مزيد بيان - أن الحديث له حجية المصدر بالنسبة إلى سنة الإسلام الغراء ، على نحو ما بين بعد قليل . ولكن جمهور الفقهاء يصنفون إلى هذين المصدرين مصدراً ثالثاً هو الإجماع ، ولذا فإن مصادر تاريخ الإسلام عندهم هو القرآن والسنة والإجماع . والحق أن إيراد الإجماع مع القرآن والله سبحانه حيث النتيجة - حتى ولو وضع الإجماع في مرتبة تالية لالقرآن والسنة - أمر بدعو إلى التفكير إذ كيف يمكن أن نجمع الإرادة البشرية مع الإرادة الإلهية في تصنيف واحد حتى ولو كان ذلك على ترتيب تنازلى . ولذا فإن أرفض - إذا كان المقصود بالمصدر هو الإرادة الخلاقية - أن يكون الإجماع مصدراً لقانون السلام . وأناقش ذلك تفصيلاً بعد أن أعرض للمصدرين الأصليين : القرآن والسنة ، بكلمة تنحصر في علاقة المصدرين الكريمين بدراسى القانونية لأن الكلام عنهما مطلقاً تضيق عند الأسفار وتقصر دونه الأبحاث . بيد أننى أحب أن أمهد لذلك بعجالة عن علاقة الحديث الشريف بالقرآن من حيث الحجية ورجوعه عرض ذكره النسخ في القرآن والحديث إلى حين الكلام عن سمات القرآن الكريم .

القرآن والسنة مصدران متعادلان من حيث الحجية :

أحب قبل ان اتناول كلا من المصدرين بالمناقشة أن أجب على سؤال يطرح ذاته في البداية : هل القرآن والسنة مصدران على المستوى ذاته بمعنى أن كلا منهما يكمل الآخر ويمتد به . يقول الشافعي بأن « السنة لا ناسخة للكتاب وإما هي تبع للكتاب » . وحجة الشافعي هي قوله تعالى « وإذا نزل علينا آياتنا بينات قال الذين لا يرجون لقاءنا إئت بقرآن غير هذا أو بدله قل ما يكون لي أن أبدله من تلقاء نفسي إن اتبع إلا ما يوحى إليّ إني أخاف إن عصيت ربي عذاب يوم عظيم » (يونس / ١٥) . ورأى الشافعي ينطلق من رغبته في استبعاد الموازنة بين قول العبد ، لو كان العبد رسولاً وقول الله (ربي العجم — الأصول الإسلامية — المرجع السابق ، ص ٩٤ — ٩٥) .

ورأى الغزالي أن السنة - نحة للدلالة المعجزة على صدق ﷺ ، « ولأمر الله تعالى إماما باتباعه ولأنه لا يفتي عن الخوي ، إن شو إلا وحي يوحى رقول رسول الله ﷺ على من سمعه شفاها فأما نحن فلا يلفنا قوله إلا على لسان الخبيرين إما على سبيل التواتر وإما بطريق الأحاد » (الغزالي — المستصفي من علم الأصول ، ج ١ ص ١٢٩) :

والقول عندى أن الحديث إذا صح فهو حجة على مستوى القرآن لأن كليهما صادر عن الديان . فكلام الله واحد « وليس له كلامان أحدهما قرآن والآخر ليس بقرآن وإما الاختلاف في العبارات فربما دل على كلامه بلفظ منظوم بأمرنا بتلاوته فيسمى قرآنا وربما دل بغير لفظ يتلى فيسمى سنة والكل مسموع من الرسول عليه السلام ... » (الغزالي — المستصفي — ج ١ ، ص ١٢٤ — ١٢٥) فقد تولى القرآن الكريم في حياة الرسول تنقية الحديث مما قد يخالف أحكام الله وضح ما رآه في حاجة إلى تصحيح ، كما جاء مثلا في فتوى الظهار — وتعا فلم نراه لمتقول أن يدعى أن الحديث بعد وفاة الرسول وانقطاع الوحي يمكن أن يكون فيما أتى من أحكام أقل إلزاما . ومن ثم فإن الحديث ليس كما يقول البعض مصدراً إلى القرآن وإما هو والقرآن مصدران

متساويان والفرق بينهما في الإثبات فالقرآن وبحفظ الله لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه أما الحديث مما دخل عليه من زيف يحتاج إلى فحص وتحريض فإن ثبت وتأيد فهو حكم الله من فوق سبع سموات . وإلا فكيف يكون هناك ترتيب تنازلي بين ما يصدر عن الإرادة الشارعة الواحدة إلا إذا حددت هي هذا الترتيب وهو ما لم يأمرنا به الله بل إن النصوص تزكي المساواة ، ولكن بعض الوحي يتلى فيكون كتابا وبعضه لا يتلى فيكون سنة .

وقد سألت نفسي كثيراً لماذا أراد الله تبليغ شريعته في صورتين : القرآن والحديث . ولماذا لم يوحد الصورة مادام أن القرآن والحديث كليهما يوحى من الله . إن الجواب الشائع هو أن السنة تكمل القرآن ولكنه جواب غير شاف لأن كليهما يصدر عن وحي إلهي والمنطق أن يكون للتنويع مبرراً . والجواب عندي هو أن الأحكام التي ورد بها الحديث نوعان : وحي إلهي واجتهاد . إن تقسمة الحديث إلى حديث عن وحي وحديث عن اجتهاد مسألة تعرض لها الشافعي في سياق قضية لعان عويض لزوجته فقال إن الرسول انتظر الوحي في ذلك حتى نزلت آيات اللعان فلاعن بينهما كما أمر تعالى في اللعان ثم فرق بينهما فألحق الولد بالمرأه ونفاه عن الأب وقال له : لا سبيل لك عليها ولم يرد الصداق على الزوج فكانت هذه أحكاما وجبت باللعان ليست اللعان بعينه : بيد أن الشافعي لم يقطع في هذه القضية برأى حاسم ، ولعل عذره في ذلك هو عدم الجدوى العملية في نظره لأن الحديث النبوي واجب الإلتباع سواء كان وحياً أم اجتهاداً . ومن الفقهاء من قال بأن سنة رسول الله وحي أو بيان عن وحي .

ولكن القضية عندي واضحة فالحديث قد يكون وحياً « وعلمك ما لم تكن تعلم » (النساء / ١١٣) . « إن هو إلا وحي يوحى علمه شديد القوى » (السج / ٥) . وقد يكون اجتهاداً « كما أرسلنا فيكم رسولاً منكم يتلو عليكم آياتنا ويزكيكم ويعلمكم الكتاب والحكمة ويعلمكم ما لم تكونوا تعلمون » (البقرة / ١٥١) . لقد كان الرسول ﷺ نبياً ومعلماً فهو نبي

ينسب نبأ من عند الله ومعلم يعلم الناس والله يشهد ما يقول . فالحديث إذن قد يكون علماً علمه الرسول من الله وقد يكون قولاً من عنده منسوب إليه فهو في الحالة الأولى وحى وفي الحالة الثانية اجتهاد . فإذا كان الحديث بوحي مباتر كان له ثبات القرآن الكريم كقوله ﷺ « صلوا كما رأيتموني أصلي » . وتبعاً فإن حكمه من حيث النسخ هو حكم القرآن أى أنه في المعاملات لا يرد عليه النسخ ولا يطرأ عليه التبديل . أما الاجتهاد فهو الذى يجوز أن يكون محل نسخ أو تبديل . يقول الرسول ﷺ : أنا أقضى بينكم الرأى فيما لم ينزل فيه وحى (الأمدى — الاحكام) ، ج ٢٤ ، ص ٤٥) أما أن الله قد ترك شطراً من وحيه ليكون في صورة حديث فذلك — في مذهبي — له حكمتان: (١) لكي يوفر للرسول ﷺ فرصة أن يكون — كما نعتة الله — « المؤمنین رؤوف رحيم » ولذا فإن الأعلب في الحديث الذى يبلغ وحياً أن يكون في تفصيله أو توضيحه أو تحديده أكثر رافة وأبلغ رحمة في تفسير القرآن وتطبيقه . مثال ذلك الديات ، والديات هي الشيء المهم الذى وسع المسؤولية وخفف العقوبة . رب معترض يقول إن حكم الرجم ثبت بالنسبة وهو أشد قسوة من الجلد الذى جاء في القرآن . ولكن هذا المثل اليتيم لا يطعن على رأى لأن حكم الرجم ليس ثابتاً ثبوتاً قطعياً في الشريعة الإسلامية فإن من الفقهاء من ينكره بأدلة لها وجهتها ولا أريد الخوض في هذا الجدل حتى لا أتشعب بالبحث في غير مناحيه ، ومع ذلك فلعل لغيرى تفسيراً أفضل مما أقول . (٢) أما أن للرسول اجتهاداً يمكن أن ينسخ أو يتغير فحكمة ذلك أن يبين الله للناس أن الكمال له وحده وأن العصمة لا تكون إلا الله أو بالله « علمها عند ربى في كتاب لا يضل ربى ولا ينسى » (طه / ٥٢) . ولعلنى في ذلك قريب مما كان يدور بخلدان الشخير عندما قيل له « لاتحدثونا إلا بالقرآن ، فقال والله مانريد من هو أعلم منا بالقرآن » (الشاطبي — الموافقات — ج ٤ ، ص ٢٢) .

المبحث الثانى فى مصادر قانون السلام الإسلامى

الفرع الأول فى القرآن الكريم

« كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير » (هود/ ١)

القرآن كمقننة قانونية :

القرآن هو كتاب الإسلام المقدس الذى أمره الله للناس على لسان نبيه الكريم محمد بن عبد الله الأمين « وإنه لتنزيل رب العالمين نزل به الروح الأمين على قلبك لتكون من المنذرين بلسان عربى مبين » (الشعراء / ١٩٢ — ١٩٥) « ومعناه هو الكلام القائم بذات الله تعالى والكلام اسم مشترك قد يطلق على الألفاظ الدالة على مافى النفس : نقول سمعت كلام فلان وفصاحته وقد يطلق على مدلول العبارات وهى المعانى التى فى النفس » (الغزالي — المستعفى ، ج ١ ، ص ١٠٠) .

وقد نزل منجما على الرسول ولم ينزل دفعة واحدة ، وتشهد على ذلك الآية الكريمة « وقال الذين كفروا لولا نزل عليه القرآن جملة واحدة كذلك لثبت به فؤادك ورتلناه تنزيلاً » (الفرقان / ٣٢) « وقرآنا فرقناه لتقرأه على الناس على مكث ونزلناه تنزيلاً » (الإسراء / ١٠٦) بيد أن جمعه وقرآنه كان عملاً ربانياً ولم يترك أمره لتقدير المسلمين « لا تحرك به لسانك لتعجل به إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه » (القيامة / ١٤ — ١٨) . ومن ثم فالقرآن فى الحقيقة كمال واحد أوحى به على غلط متكامل وكان النسب يحفظ

مايوحي إليه ويبلغه للباس ويأمر كاتباً من كتابه أن يكتبه . وكان للنبي كتاب معروفون يكتبون له أشهرهم الخلفاء الأربعة . وكان أبو بكر هو أول من جمع القرآن في مصنف (مصحف) بمك أن يستنسخ . وفد وزعت نسخ من هذا المصنف في مختلف بقاع العالم الإسلامي على عهد عثمان بن عفان . وتنقسم آيات القرآن إلى قسمين رئيسين :

(١) آيات المكية التي نزل بها الوحي على مدى ثلاث عشرة سنة أثناء إقامة الرسول في مكة بعد أن بعث فيها .

(٢) الآيات المدنية التي نزلت خلال السنوات العشر التي أقامها الرسول في المدينة بعد أن هاجر إليها من مكة .

ولتلك التقسمة مغزى ذلك أن الآيات المكية كانت تبياناً للعقيدة ورداً على مسائل وجودية تتعلق بوحداية الخالق وتربيته وعمل الملائكة والأنبياء ووصف المعاد واليوم الآخر ، فهي في إنجاز تعامل المسلمين الأولية وتناول الأحداث التاريخية . أما الأحكام فقد نزل معظمها في المدينة المنورة ولذا فإن الآيات المدنية هي التي تمدد بالأحكام القانونية والظم الاجتماعية . ولا يستطيع الباحث أن ينكر سمو الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم لتنظيم شؤون الحياة الاجتماعية والاقتصادية والأسرية والجنائية والمدنية والتجارية والإدارية والدولية . بيد أن القرآن ليس مقننة على نمط المجموعات القانونية الحديثة بل هو — كوثيقة قانونية — ذو سمات خاصة ألخصها فيما يلي :

١ — نزلت الآيات التشريعية في الغالب جواباً لأحداث وقعت في المجتمع الإسلامي وتعرف هذه المناسبات بأسباب الزول ، وقل أن نجد حكماً أو آية تشريعية نزلت دون مناسبة . وهو بذلك يتضمن معظم المدركات التي تحتاجها لتشكيل المجتمع المتمدين (أنظر ، Coulson. N.J., History of Islamic law, Edinburgh, p.II.) وكذلك أيضاً فإن ترتيب الآيات في معالجتها قد لا يترابط من حيث الزمان أو الموضوع وعندئذ قد يغني في تلمس تفصيل بعض الأحكام أن يجمع الآيات الخاصة بموضوعها من مواقع متفرقة في مختلف السور .

٢ — نزل القرآن بلسان العرب على لهجة قريش وصار منعاً للغة العربية ومصدراً لها فيما بعد « إنا أنزلناه قرآنا عربياً » (يوسف / ٢) « كتاب فصلت آياته قرآنا عربياً لقوم يعلمون » (فصلت / ٣) . قال الشافعي « إن القرآن الكريم نزل بلسان العرب دون غيره لأنه لا يعلم من إيضاح حمل على الكتب أحد جهل سعة لسان العرب وكثرة وجوهه وجماع معانيه وتفرقها ومن علسه انتمت عنه الشبهة التي دخلت على من جهل لسانها ... إن القرآن نزل بلسان العرب خاصة بصيغة للمسلمين والنصيحة لهم فرض لا ينبغي تركه » . (الشافعي — الرسالة ، تحقيق وشرح أحمد شاكر ، ص ٥٠) .

٣ — عدد آيات الأحكام قليل إذا قيس بمجموع عدد آيات القرآن فالآيات التي تنصص أحكاماً بالمعنى الفني للتعبير تكاد لا تتجاوز ثمانين آية . وقد نجد أن بعض الأحكام تعالج في إسهاب وأخرى ترد في إيجاز ، بل إن هناك من المشكلات ما سكت القرآن عن إيراد حكم لها .

٤ — يحتوي القرآن على آيات محكمات وأخر متشابهات . أما ما كان محكماً فقد ظهر معناه على نحو يزيل الإشكال ويرفع الاحتمال . وأما المتشابه فهو ما وقع فيه الاحتمال سواء خجته التساوي كالألفاظ المجملة أم على جهة التساوي كالأسماء الخجارية وما ظاهره وهم للتشبيه وهو مفتقر إلى تأويل وإنما سمي متشابهاً لاشتباه معناه على السامع » (الآمدى — الإحكام في أصول الأحكام — بيروت ، المكتبة العلمية ، ١٩٨٠ ، ج ١ ، ص ٢٣٧) وإلى عودة إلى ذلك التنسيم بعد قليل . والله عز شأنه هو أول مبين لكثانة لأنه الأعلم بكلامه ومراده ولذلك يقول عز وجل « وما يعلم تأويله إلا الله » . وإذا راجعنا الآيات التي جاءت فيها كلمة « يسألونك » أو كلمة « يستفتونك » ووقفنا على تفسيرها وسبب نزولها لفهمنا أن الله عز وجل تولى بيان الأمور وتفسير الأحكام « ثم إن علينا بيانه » (القيامة / ١٩) .

وقد ذكر السيوطي أنه صنف كتاباً مسنداً فيه تفاسير النبي والصحابة ، ووضع من هذا الكتاب مختصراً هو كتابه المطبوع « الدر المنثور في التفسير

المأثور « وفي كتاب « الاتفاق » ساق السيوطي مجموعة من آثار التفسير المروية عن الرسول ﷺ .

النسخ في القرآن :

ومادمت بصدد الكلام عن السمات الخاصة بمعالجة القرآن الكريم للأحكام القانونية فإن هناك قضية كبرى تثير الخلاف بين الفقهاء وتعلق بموضوعنا هذا ألا وهي قضية النسخ في القرآن الكريم .

والنسخ في اللغة هو الإزالة وهو مأخوذ من قولهم نسخت الشمس الظل أى أزالته « يعرف الفقهاء النسخ بأنه رفع الشارع الحكم الشرعى بدليل شرعى لاحق وسببه التيسير على الناس والتدرج في التشريع وتغير أحكام المعاملات بتغير الزمان » (صبحي المحمضاني — فلسفة التشريع في الإسلام — بيروت ، مكتبة الكشاف ، ١٩٤٦ ، ص ١٠٩) . ومعنى هذا أن النسخ عند هذا الفقيه يطلق على ثلاثة تصورات : التفسير والتدرج والتغيير .

ولقد تعددت أبحاث النسخ عند علماء المسلمين وأسوق نماذج لما قاله بعضهم في هذه القضية . يقول الشافعي : « إن الله خلق الخلق لما سبى في علمه مما أراد بخلقهم وبهم ، لا مبعث لحكمه وهو سريع الحساب ... وأنزل عليهم الكتاب تبياناً لكل شيء ، وهدي ورحمة وفرض فيه فرائض أثبتها وأخرى نسخها رحمة لخلقهم بالتخفيف عنهم والتوسعة عليهم ، زيادة فيما ابتدأهم به من نعمة . وأنابهم على الانتهاء إلى ما أثبت عليهم جنته والحياة من عذابه فعمتهم رحمته فيما أثبت ونسخ .. وأبان الله لهم إنه إنما مانسخ من الكتاب بالكتاب وأن السنة لا ناسحة للكتاب وإنما هي تبع للكتاب ، يمثل ما نزل نصاً ومفسرة معنى كما أنزل الله منه حملاً » (الشافعي — الرسالة ، ص ١٠٦ — ١٠٨) . وقد أفرد الغزالي فصلاً خاصاً للنسخ بين فيه أركانه ، قال « إن أركان النسخ أربعة النسخ والناسخ والمنسوخ والمنسوخ عنه ، فإذا كان النسخ حقيقة رفع الحكم فالناسخ هو الله تعالى فإنه الرفع للحكم والمنسوخ هو الحكم المرفوع والمنسوخ عنه هو المتعبد المكلف والنسخ قوله الدال على رفع الحكم

الثابت وقد سمي الدليل ناسخاً على سبيل المحار فيقال هذه الآية ناسخة لتلك ، وقد يسمى الحكم ناسخاً محازاً فيقال صوم رمضان ناسخ لصوم عاشوراء . والحقيقة هو الأول لأن النسخ هو الرفع والله تعالى هو الرافع بنصب الدليل على الارتفاع وبقوله الدال عليه . أما مجامع شروطه فالشروط أربعة : الأول أن يكون المنسوخ حكماً شرعياً عقلياً كالبراءة الأصلية التي ارتفعت بأبحاث العبادات ، الثاني أن يكون النسخ مخطأ فارتفع الحكم بموت المكلف ليس ناسخاً إذ ليس المريل خطاباً رافعاً لحكم خطاب سابق ولكنه قد قيل أولاً للحكم عليك مادمت حياً فوضع الحكم قاصر على الحياة فلا يحتاج إلى الرفع الثالث إلا أن يكون خطاب المرفوع حكمه مقيداً بوقت يقتضى دحوله زوال الحكم كقوله تعالى « ولا تقربوهن حتى يطهرن » وقوله تعالى « حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » . (الغرالى — المستصفي ، ج ١ ، ص ١٢١ — ١٢٢) ، وقد قيد المعتزلة بعض الأحكام واعتبروا أنها تقتضى صفات نفسية وعقلية كالحسن والتصح وقالوا إنها غير قابلة للنسخ ولا تنسخ مثل وحيد عبادة الله تعالى فلا يخور نسخ النوحوت وتحريم الكفر والظلم فلا يخور نسخ الشجرتم .

ومن تنادى بالاحتلاف الكلاسي في المسألة تعريف النسخ للامدى وما رد به على بعض آراء المعتزلة . يقول « النسخ عبارة عن خطاب الشارع المانع من استمرار مانت من حكم خطاب شرعى سابق ولا يخفى مافيه من الاحتراز من غير تقييد بالراحى ... إن إرالة المثل إما أن تكون قبل وسرد ذلك مثل أو بعد وجوده أو حالة وجوده . الأول محال فإن لم يوجد لا يقال إنه آريل والثانى أيضاً محال فإن إرالة ما عدم بعد وجوده ممتنع والثالث أيضاً محال لأن إرالة هى إندام وإندام الشيء حال وجوده حال ذير مانع إذ يدحل فيه إرالة ما كان ثابتاً من الأحكام العقلية قبل ورود الشرع خطاب الشارع المراحى على وجه لولا خطاب الشارع المغير لكان ذلك الحكم مستمراً وليس نسخ ... » (الامدى — الإحكام ، ح ٣ ، ص ١٥٠ ، ١٥٥) .

إن المستقرىء لما قدمته من آراء ولعبرها من الآراء يحد أن في النسخ نظرتين متعارضتين إحداهما ترى أن آيات القرآن يمكن أن ينسخ بعضها البعض الآخر بالنسبة لبعض الأحداث وهما يختلف أصحاب النظرية فهم من ينحصر النسخ في رفع الحكم ومهم من يصيب تخفيف الأحكام أو التدرج فيها ، والأخرى تكرر فكرة النسخ أساساً .

والنسخ عند القائلين به يعتمد على دليلين :

١ — الدليل النحوي : قاله تعالى يقول « وإذا بدلنا آية مكان آية والله أعلم بما ينزل قالوا إنما أنت مفتر بل أكثرهم لا يعلمون » (السجدة / ١٠١) ويقول عمر من قائل في موضع آخر « ما نسخ من آية أو نسخها نأت خير منها أو متلبها ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير » (البقرة / ١٠٦) . وهناك آيات أخرى يذكرها بعض أصحاب هذا الرأي ولكني لا أرى داعياً لذكرها لأن الافتعال في تفسيرها بما يؤيد نظرتهم ظاهر ورفع حجتهم بها يسور وحسب ..

٢ — الدليل العقلي ، الذي يقر بأن الله تعالى قادر على أن يفعل ما يشاء والله يأمر المكلف بالفعل في زمان لعلمه بمصلحته فيه وينهاه عنه في زمن آخر لعلمه بمصلحته فيه (رفيق العجم — الأصول الإسلامية — منهجياً وأبعادها ، بيروت ، دار العلم للملايين ، ١٩٨٣ ، ص ٩٨) .

أما الدين ينكرون قضية النسخ — وأنا منهم — فسندهم هو انعدام الدليل من القرآن والسنة على سلامة تلك القضية . بيد أن الذي اعترض عليه في قضية النسخ — ليس هو النسخ أياً كان — وإنما اعترض على الرأي الذي يذهب إلى أن النسخ هو رفع الحكم كله في المعاملات أي أن في القرآن نصوصاً تتعلق بالمعاملات وأن هذه النصوص ينسخ بعضها بعضاً . أما النسخ الأخرى للنسخ فتلك قضية تخرج عن نطاق هذه الدراسة .

وأرد أولاً أن أفرق بين النسخ والبداء . فالبداء هو العلم بعد العمل

والظهور في الخفاء . وبدهي أن الداء مستحيل في حق الله تعالى لأن الله لا يمكن أن يكون نسخه للآية بداء إذا ظهر الأمر لاحقاً فسخ وأثبت . ولذا ينكر الآمدي أن يكون السخ كذلك إذ لا يبعد أن يعلم الله تعالى في الأزل استلزام الأمر بفعل من الأفعال للمصلحة في وقت معين واستلزام نسخه للمصلحة في وقت آخر ، فإذا نسخه في الوقت الذي علم فيه نسخه فلا يلزم من ذلك أن يكون قد ظهر له ما كان خفياً عليه . (الآمدي — الأحكام ، المرجع السابق ، ح ٣ ، ص ٩٦٠) .

كذلك يطيب لي أن أفرق بين النسخ والتخصيص فالتخصيص هو الخروج بصيغة عامة عما وضعت له من العموم إلى الخصوص بدليل وهذا ليس تغييراً لإرادة الشارع وإنما هو بيان لها وهذا هو الفرق بين التخصيص والنسخ فالتخصيص تحديد للدلول النص والنسخ إنهاء لأمد حكم النص . وأود — قبل مناقشة أسانيد النسخ — أن أكرر أن الرأي الذي أرفضه في قضية النسخ هو القول بأن القرآن الكريم فيه نصوص تعالج أحكام المعاملات وأن هذه النصوص بقيت في القرآن ولكن بعضها ينسخ البعض الآخر . أما غير ذلك من صور النسخ الأخرى كالنسخ في نصوص العبادات أو نسخ ماسبق من رسالات سماوية فلا أتعرض لها هنا لأنها لا تستهم هذه الدراسة .

ولعل من المناسب أن أضيف هنا كلمة عن الفرق بين التخصيص والتقييد فالتخصيص هو تصرف فيما تناوله اللفظ ظاهراً وأما التقييد فهو تصرف فيما سكت عنه اللفظ ولذا يعمل بالأصل — وهو العام — في التخصيص وأما التقييد فلا يعمل فيه بالأصل ، فلو قلت عاقبت المخطيء عدداً الأطفال فهو تخصيص في نص العقاب لأن الطفل قد يخطيء وقد لا يخطيء وإذا قلت الجنديّة لاتجب على المواطنين الأطفال فإن الأصل وهو الجنديّة لاتجب على المواطن لأن الأصل لايعمل به وإنما يعمل بموجب القيد وهو « الأطفال » .

ويقول الأحناف بفرق آخر بين التخصيص والتقييد وهو أن التخصيص جملة والتقييد مفرد .

وقد أوردت هذه الكلمة عن التقييد لأن القائلين به قد يقعون في خطأ تصور بعض حالات التقييد على أنها نسخ .

وعلى هدى من ذلك انتقل الآن لمناقشة حجج القائلين بالنسخ وابتداءً أولاً بالدليل النصي الذي أوردته المؤيدون فقد فهمه أصحابه على خلاف مقتضى الآيات . فإذا نظرنا إلى آية سورة النحل نجد أنها آية مكية ، أى أنها نزلت قبل نزول آيات الأحكام القانونية . ومادام أن الذى يهمنى هنا هو النسخ في محيط العلاقات القانونية فإن الآية لا تفسر على أنها تتعلق بأحكام القواعد القانونية . ولذا فإنى أؤيد من يرجحون تفسير الآية على أنها تتعلق بالرسالات السماوية وأن النسخ المقصود هو نسخ في شأن الرسالات التى سبقت بعثة الرسول ، ويقرب هذا المعنى زعم المشركين بأن الرسول مفتر إدا لا يفهم اتهام المشركين للرسول بالافتراء إلا على أنه افتراء على الرسالات السوالم بأن يدعى أنه جاء بوحي إلهى يحل محل ماسلف من وحي . وهكذا فالمفهوم الأسلم للآية يبعد بها عن أن تكون دليلاً نصياً في أن آيات القرآن قد ينسخ بعضها البعض الآخر في الأحكام القانونية .

وتذهب الكثرة من الفقهاء في تفسير الآية الثانية مذهبهم في تفسير الآية الأولى فهى أيضاً قد نزلت في حق اتباع الديانات الأخرى — وعلى الأخص اليهود — وتتغيا إقناعهم بأن الله قد ينسخ في بعض الأحيان وحيًا سابقاً بوحي لا حق بغية تحقيق رفاهية البشرية . والقول عندى أن الآية يمكن أيضاً أن تفسر على أساس أنها تتعلق بالمظاهر المادية للكون ودليل على ذلك أن عجز الآية يتحدى بقدرة الله على كل شيء . والقدرة تكون في الآيات الكونية أما الآيات العقلية فالصفة الأقرب للتحدى فيها هى العلم والعدل والعقل ومالى ذلك فلو أن عجز الآية تحدى بعلم الله أو بعدائه أو بما إلى ذلك لكان المنطق أن نفهم صدر الآية على أنه يتعلق بنسخ الرسالات أو الأحكام . ولكن التحدى هنا هو بقدرة الله فتعاقب الليل والنهار مثلاً في دورة يومية هى آية من آيات الله فلو أن الله نسخ هذا التعاقب — شأن الحال في المناطق التى يستمر فيها كل من الليل

والنهار أشهراً — فإن ذلك النسخ يتم بقدره الله ويكون قد أتى في تلك المناطق نآية في التعاقب وهي إن لم تكن أفضل من الدورة اليومية بالنسبة للمناطق التي تشهد تلك الظاهرة فهي على الأقل تماثلها قياساً لظروف الحياة هناك . كذلك عندما يفيض الماء ويزول العصر الجليدي فننسى مع روائه آيات من آيات الله في خلقه، عجز العلم عن كشفها ولم يصل إلينا حرها فتلك آية نسخت وسبت لما هو أفضل وهو العصر الذي نعيش فيه . اليوم بما يملك من حضارة ونيعم بمقومات . وجدير بالذكر أن القرآن الكريم يصف مظاهر القدرة الكونية بأنها آيات كتوله تعالى « وآية لهم الأرض الميتة أحييناها » (يس / ٣٣) . وفي القرآن الكريم أمثلة كونية بدلتها القدرة الإلهية من ذلك النار التي أمرها المولى بأن تكون برداً وسلاماً على إبراهيم . ويد موسى التي أخرجها لفرعون بيضاء تشع بالنور ، وذلك بداهة نذر يسير . ثم إننا إذا قلنا مع المؤيدين للنسخ إن الآيات نص في نسخ الأحكام فكيف نفهم أن الله تعالى قد ينسخ حكماً ثم يأتي بمثله . أيسخ الله القصاص مثلاً ثم يأتي مرة أخرى بالقصاص ؟ . إن النص يبدو أكثر قرباً للفهم إذا تعلق بالماديات لأن التماثل في الماديات يمكن أن يكون بالتعادل أما التماثل في الأحكام القانونية فلا يكون إلا بالتطابق . وتبعاً فإن فهم الآية على أنها تتكلم عن الأحكام القانونية يثير جدلاً في طرحها ما أغنانا عنه .

والآية صريحة في أن النسخ لا بد أن يكون بآية أى أن الله لا ينسخ آية أو ينسخها ثم يقف بالأمر عند هذا الحد بل هو عندما ينسخ الآية أو ينسخها إنما يأتي بغيرها . فكيف يضع الله في محكم كتابه آية للناس في المعاملات ثم ينسخها الناس بعد ذلك . إن الآية التي تنسى لا بد ألا يكون لها وصف في الكتاب الكريم لأنها إذا نزلت في القرآن الكريم فلا بد أن يذكرها الناس كلما رجعوا إلى كتاب الله . لعل بعض القائلين بالنسخ هنا يقصدون إلى ما قيل من أن النبي ﷺ أوتي قرآناً ثم نسيه فلم يكن شيئاً أو لم يبق منه شيء لما رفعه الله تعالى عن قلبه (انظر كشف الاسرار لعبد العزيز البخاري تعليق البردوي ، ج ٣ ، ص ١٨٨) وإني وإن كنت أرفض هذا القول أجد أن الاقرار به لا ينهض دليلاً على

النسخ لأن النسخ لا يكون إلا لنسخ ولا يكون إلا بنسخ وما دام أن الأمر لم يصل إليها وقد ظل على ما يقول به أصحابه — في عيب الله فلماذا يحدثنا القرآن به وما هو مراد الله من أن يخبر البشر بأنه يزل على قلب رسوله شيئاً ثم يرفعه ونحن لا نعلم ماذا يفعل وماذا يفعل .

أما الدليل الثاني فهو — صحة للمكركين وليس للمؤيدين ذلك أننا لا نناقش هنا اصطلاحية قدرة الله فالله قادر على أن يفعل بعباده ما يشاء فهو — كما يقول العزالي — يملك مطلق صلاحيته أن يقول للناس حجوا ثم يقول قبل يوم عرفة لا تحجوا فقد سحّت عكم الأمر ولكن قضية السح لا تتعلق بهذا السح وإنما تتعلق بفهم ما أنزل الله فعلاً من أحكام . لقد نزل القرآن منجماً على الناس ولكنه قائم سند الأبد في لوح محفوظ وكتاب مكنون والله يعلم سائر علما ماذا يريد للناس ، فما هو منطق أن ينزل عليهم حكماً في قرآنه يتعلق بمعاملاتهم ثم يسخه بعد ذلك في قرآنه ذاته . سائلاً الله أن يكون قد خلق الناس لأهلها أو لاها .

إن جلال القدرة يقتضي أن يكون ما أراد الله دينا قيماً وأن يدرج أحكامه في كتاب لا عوج فيه حكماً خاتماً يسقاً كاملاً وهو الذي ارتضاه للناس شريعة ومنهاجاً لا رجعة فيه ولا نسخ . إن التصور الذي يقبله المطلق هو أن الله قد يرسل تشريعاً متدرجاً رفعا للحرر حتى يسدرب الناس على يقبل الحكم في صورته النهائية التي تنفلهم من القيض إلى الفيض ، كما حصل في حكم الخمر مثلاً . ولكن هذا التدرج ليس نسخاً سواء المعنى اللغوي أم الفني للمفسر لأن النسخ — الذي أنقضه — يعني إبطال السمل بالصصوص السابقة : إن التدرج بحكم النص الخاص بالخمر بدءاً بأن في الخمر أثماً ومنافع ثم الحكم الذي يمنع الصلاة والمسلم مخمور ليس نسخاً والحق أن كل ما جاء بشأن الخمر لا يتناقض وليس فيه ناسخ ومنسوخ مع تحريم الخمر كلية لا زال صحيحاً أن يقول عنها إن فيها أثماً ومنافع وأن إثمها أكبر من نفعها ولا زال أمراً ألا نقرب الصلاة ونحن سكارى . ثم إننا يجب ألا ننسى أن الحكمين السابقين — في شأن

الإثم والصلابة — أقرب إلى أحكام العبادات في حين أن النص الأخير بالتحريم كلية هو أدخل في أحكام المعاملات لأن تطبيقه يتصل بتوقيع حد عقابي . أما النصان الأولان فتطبيقهما كان يرتب جراً دينياً فحسب . كذلك فإن بعض الآيات قد توضح عموض العض الآخر أو تبين حدود تطبيقها وهذا بدخل في باب البيان والتخصيص ولا يدخل في باب الساسخ والمنسوح .

ومن الامثلة التي يستشهد بها انصار النسخ أن الحكم قوله تعالى « ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض » قد نسخ بقوله تعالى « فإما منا بعد وإما فداء » . وهذا رأى في نظري سقيم لأن الآية الأولى قد وضعت حكماً قائماً على شرط ينهيه وهو الإثخان في الأرض فإن تحقق الشرط جاز للنبي عندئذ أن يكون له أسرى ولذا فإن الآية الثانية تدل على أن النبي قد حقق الإثخان الذي تتطلبه الآية الأولى ومن ثم فقد أبيع له أن يأسر وأن يمن على الأسير أو يقتضى فدية له .

ولكن الخطأ في مفهوم النسخ شاع حتى أن البعض أصبح يطلقه على الحالات التي يتعذر عليه فيها التوفيق بين آيتين فيتخذ من النسخ ذريعة لإحفاء عجزه . إن النسخ على قول المؤيدين وتصور المدافعين يناقض عندى مقتضى قوله عز وجل « أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً » . (النساء / ٨٢) .

ولما كنت أنكر قضية نسخ أحكام المعاملات في القرآن من أساسها فإلى لا أرى داعياً لمناقشة ماخاض فيه الفقهاء حول نسخ القرآن بالسنة . وعلى كل فالرأى على أن أدلة الأحكام الأخرى — حتى عند جمهور البقائلين بجواز النسخ — لا تنسخ القرآن والسنة لأن النسخ لا يكون إلا بنص ولا يتحقق إلا بين نصوص على المستوى ذاته من القوة وأدلة الأحكام ليست نصوصاً تم إنها دون القرآن والسنة مرتبة من حيث الحجية .

أما النسخ بالسنة فلي فيه قول أوضحه بعد إيجاز مايقوله أصحاب النسخ .

يذهب بعض الفقهاء إلى جواز نسخ الحديث بنص في الكتاب ويصربون لذلك مثلاً بالنص الذي ورد في اتفاقية الحديية على أن الرسول يرد من جاءه من المسلمين إلى قريش ويقولون إن هذا النص قد نسخ بالآية الكريمة « فإن علمتموه من مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار » (الممتحنة / ١٠) . ويقلقى في هذا المثل أن الآية جاءت تخصيصاً لنص المعاهدة فهي قد خصت النص بالرجال دون النساء وقد قدمت أن التخصيص غير النسخ .

كذلك يتمثلون بأن الرسول قد أمر المسلمين باستقبال المسجد الأقصى فنزلت الآية تنسخ ذلك وتأمروهم بأن يتوجهوا شطر المسجد الحرام . ولكنى لا أرى في هذا مثلاً ينقض رأيى لأنه نص في العبادات، وليس في المعاملات .

كذلك يقولون بأن الحديث قد ينسخ الكتاب ويتمثلون، لذلك بقوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » (البقرة / ١٨٠) فالأحناف يرون أن كتابة الوصية كانت فرضاً بهذه الآية ولكنها سبغت بالحدس الشريف « لا وصية لمرات » . وعدى أن تفسير الآية الكريمة على أنها تجعل الوصية فرضاً إنما يتسق مع رأى الأحناف في مدلول الألفاظ وفهمهم لمقتضى الأوامر والسواهى فالآية تختمل أيضاً أن الحيز في ترك الوصية ليست بمعنى الفرض وإنما الاستحاثات والاستحسان . ثم إن تحريم الوصية لو ارت جاء في الحديث بعبارة عامة أما الآية فنص في ترك الوصية للوالدين والأقربين ، أى فيه تخصيص . فضلاً على أن التحريم اقتصر على مايتجاوز الثلث فإذا انتهينا إلى أن الوصية فيما دون الثلث جائزة كانت الأحاديث مخصصة لحكم الآية — على فرض أنها آمرة — وهنا أكرر مااسلفت من أن التخصيص هو غير النسخ . ويضيف الفقهاء بأن عدم جواز أن ينسخ الكتاب بالحديث هو لأن القرآن أصل والحديث تابع ولا يجوز أن ينسخ التابع الأصل وأن الله تعالى خاطب نبيه قائلاً « إئت بقرآن غير هذا أو بدله » فقال الرسول « ما يكون لى أن أدله من تلقاء نفسى إن اتبع إلا ما يوحى إلى » (يونس / ١٥) . وفي تقديرى أن الحكم القرآنى إذ بدأ بلفظة « كتب » فإنه يفيد الاستمرار والتأييد الأمر الذى يتناقض مع احتمال أن يكون محل نسخ .

والقول عندى فى الحديث أنه قد يكون وحياً وقد يكون اجتهاداً فإذا كان الحديث وحياً وينصب على حكم من أحكام المعاملات فإن حكمه حكم الوحى القرآنى لا يرد عليه نسخ « إن هو إلا وحى يوحى علمه شديد القوى » (النجم / ٤ ، ٥) وإن كان الحديث اجتهاداً كنهيه ﷺ عن زيارة القبور فيجوز عليه النسخ « يأياها النبى لم تحرم مأحل الله لك » (التحريم / ١) . والنسخ الذى يرد على الحديث الاحتياطى قد يكون نسخاً سنة فقد نسخ الرسول حكمه بعدم زيارة القبور وأجار زيارتها وقد يكون نسخاً بقرآن كما فى حديث الظهار . ولكن اجتهاد الرسول ليس كاجتهاد باقى الناس فهو اجتهاد ترقبه العناية الإلهية وتتابعه عين الخالق الساهرة ولذلك فإن السكوت عليه يزكيه . وتبعاً فإن الأحاديث التى رويت عن الرسول ولم تنسخ فى حياته تصبح حكماً قاطعاً وترتفع إلى مستوى الحجية التى للوحى الإلهى بوفاته . ومن ثم فإن القول عندى أن الأحكام الإلهية — قرآناً وسنة — لا يرد عليها النسخ فى باب المعاملات .

الإنساء والنزغ :

وفى النسخ قصص يضيق الصدر لذكرها ويتأفف المرء لسماعها ويسلك مختلفوها سبلاً شتى لعلهم يوهمون الناس بصدقها ولذا لا أرى مندوحة من التعرض لأمرها قطعاً لدابر أصحابها .

فهم يزعمون أحياناً أن الله سبحانه وتعالى أنزل آيات على رسوله ثم أنساه إياها ومن ذلك آية فى الزنى تقول « الشيخ والشيخة فارجموهما البتة » . إن هؤلاء المتقولين يرهصون بأن الصحابة كانوا يقرأون تلك الآية وأن الرسول طبقها حكماً فى حياته ، فإن صح أن الرسول طبقها حكماً فى حياته فما هو مبرر نسخها أو أن ينسبها الله لرسوله . والغريب أن القصة قد وردت فى الصحاح وأن الآية ذكرت فى سنن ابن ماجه . والأغرب أن الآية المزعومة تضع حكماً للشيخ والشيخة وتنسى الشاب والشابة وهما أكثر تعرضاً لارتكاب المنهى عنه .

وَيَتَمَسَّحُ هَذَا الْفَرِيقُ الصَّالِ — تَأْيِيداً لَافْتِرَائِهِ — فِي قَوْلِهِ تَعَالَى « مَا نَسَخَ مِنْ آيَةٍ أَوْ نَسَّهَا نَأَتْ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مَتْلَاهَا » فَتَلْكَ عِدْهُمْ صُورَةٌ مِنْ صُورِ النَّسْيَانِ .

وَلَكِنْ الْإِنْسَاءُ يَكُونُ بِطُولِ الْعَهْدِ . وَمِنْ ثَمَّ فَهُوَ لَا يَتَصَوَّرُ — إِنْ حَدَثَ — إِلَّا فِي أُمُورٍ سَبَقَتْ عَهْدَ الرَّسُولِ وَتَبِعاً فَلَا تَكُونُ حِزْءاً مِنَ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ . إِنْ كَيْفَ يَنْزِلُ اللَّهُ آيَةً عَلَى قَلْبِ رَسُولِهِ الْكَرِيمِ لِيُبَلِّغَهَا لِلنَّاسِ « يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ أَبْلِغْ مَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ » وَيَتْلَوْهَا عَلَيْهِمْ وَهُوَ يَعْلَمُهُمْ الْكِتَابَ « يَتْلَوْا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ » (الْقُرْآنُ / ١٥١) . إِنْ آيَةٍ لَأَسَدَانِ تَتَعَلَّقُ بِأَذْهَانِ النَّاسِ لَأَسِيمَا وَهِيَ آيَةٌ فِي الرَّجْمِ أَيْ عَقُوبَةِ لَاتَمَحْيَ مِنَ الذَّاكِرَةِ نَحْمُ يَسْأَلُ النَّاسُ الرَّسُولَ عَلَيْهَا عَمَلًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى « فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ » فَيُكْرِهَا لِأَنَّ اللَّهَ أَنْسَاءُ إِيَّاهَا . وَلَوْ أَنَّ ذَلِكَ صَحَّ — وَحَاشَا لِلَّهِ أَنْ يَصَحَّ — لَحَقَّ لِلْكَفَّارِ أَنْ يَسْأَلُوا مُحَمَّدًا كَمَا سَأَلَ إِبْرَاهِيمَ قَوْمَهُ « أَجْتَنَّتْ بِالْحَقِّ أَمْ أَتَتْ مِنَ اللَّاعِينَ » .

قَدْ يَتَقَبَّلُ الْمَرْءُ الْقَضِيَّةَ لَوْ أَنَّ الْإِنْسَاءَ عَمَّ النَّاسَ جَمِيعاً فَلَمْ يَتَجَاوَرَ مِنْهُمْ أَحَدٌ إِذْ يَجُورُ عِنْدُئِذٍ أَنْ نَقُولَ إِنْ تَلْكَ مَعْجِزَةٌ مِنْ مَعْجِزَاتِ الْقُرْآنِ . وَلَكِنْ الْقَضِيَّةُ تَجَرُّى عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ فَقَدْ حَفِظَتْ الْآثَارُ لَنَا الْآيَةَ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مِنَ النَّاسِ مَنْ ظَلَّ يَذْكُرُهَا .

وَإِنْ تَعَجَّبَ فَعَجَبَ قَوْلُهُمْ إِنْ عَمراً هُوَ الَّذِي يَرُوى الْقِصَّةَ وَكَأَنَّهُمْ يَحْسُونَ وَهْنِ الْحَبِيبَةِ فَأَرَادُوا أَنْ يُؤْفِرُوا لِرُزْعَمِهِمْ دَلِيلًا لَا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ . وَلَا مِنْ خَلْفِهِ . وَهَلْ يَقْبَلُ الْعَقْلُ أَنْ يَقُولَ عَمْرٌ ذَلِكَ — وَهُوَ الَّذِي عَرَفَ بِشِدَّةٍ بِحَالِهِ فِي الْحَقِّ — دُونَ أَنْ يَرَاجِعَ فِيهِ الرَّسُولَ ، وَهَلْ يَجْرَى ذَلِكَ — بِهِذِهِ السَّدَاجَةِ — عَلَى لِسَانِ مَنْ نَزَلَ الْقُرْآنُ مُوَافِقًا لِقَوْلِهِ وَفَعَلَهُ فِي آيَاتٍ كَثِيرَةٍ وَقَدْ قَالَ الرَّسُولُ فِيهِ « إِنْ اللَّهُ تَبَارَكَ قَدْ جَعَلَ الْحَقَّ عَلَى لِسَانِ عَمْرٍ وَقَلْبِهِ » .

وَهُمْ يُزْعَمُونَ أحياناً أُخْرَى أَنَّ الرَّسُولَ قَدْ يَنْزِعُهُ نَزْغٌ مِنَ الشَّيْطَانِ عِنْدَ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ فَيَتَحَلَّلُ آيَاتٌ مِنْ عِنْدِهِ . وَيُمَثِّلُونَ لِذَلِكَ بآيَاتٍ عَرَفَتْ فِي الْآثَارِ

بآيات الشيطان ونجى خرافتها على أن الرسول كان بقراً قوله تعالى « أفرايم
 اللاة والعرى، ومناة الثالثة الأخرى » (الحكم / ١٩) . فأضاف إليها « تلك
 هى الغرائق العلا وإن شفاعتها لترجى » . ويذهب الخراصون فى ذلك مذاهب
 تنى تدل على جهل فاضح وتطاول كالح ويتخذون سنداً من قوله تعالى
 « وما أرسلنا من قبلك من رسول ولا نبى إلا إذا تمنى ألقى الشيطان فى أمنيته
 فينسخ الله ما يلقي الشيطان ثم يحكم الله آياته والله عليم حكيم » (الحج
 / ٥٦) . وهؤلاء هم من يحرفون الكلم عن مواضعه فالتمنى والأمنة تعنى
 التردد كما فى قوله تعالى « ومنهم أسيون لا يعلمون الكتاب إلا أمانى » أى إلا
 قراءة . ويضيف لى أن أورد هنا شرح المراغى للآية الكريمة ، يقول المراغى
 « أى وما أرسلنا تلك رسولاً إلا إذا ألقى الشيطان لى سامعيه وهو يتلو الوحي
 الذى نزل الله سبحانه نياماً يقرأ فيقول قوم إنه سحر ويقول آخرون نقله
 الرسول عن بعض الأعراب وسكا من الأناطيل والترهات التى يتقولوها ...
 ويرى سبحانه وبهالى تلك الخرافات ، التى علقت بعض النفوس بأن يقتضى
 للنبى من يدافع عنه ويدفع عنها ثم يحمل آياته محكمة متينة لا تقبل الرد
 بهال . وبخلاصة القول إن الله حين نزل القرآن وقرأه الرسول قال المشركون
 فيه ما قالوا تم استبداد الحق وجاءت غزوة بدر ونصر الله المسلمين الذين بشرهم
 كتابه بالنصر » (احمد المراغى — تفسير المراغى ، ج ١٨ ، القاهرة ، ص
 ١٢٦ — ١٢٩) .

وكيف يتقول الرسول الأمين على ربه العظيم وقد نفى الله ذلك عنه كلية
 بقوله عز وجل « ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه
 الوتين » (الحاقة / ٤٤ — ٤٦) . اللهم غفرانك أنت مولانا فانصرنا على
 القوم الكافرين .

فذلكة :

لقد ذهب القائلون بالنسخ إلى تعداد اسباب ثلاثة للنسخ هى :

(١) التيسير على الناس .

(٢) التدرج في التشريع .

(٣) تغير أحكام المعاملات بتغير الرمان .

إن نظرة فاحصة إلى هذه الممرات الثلاثة لابد أن تنتهي في رأيي الخاص إلى أن نسخ الآيات تيسيراً على الناس لا يتصور إلا في العبادات فإن جار أن يكون هناك نسخ للتيسير فلا يكون ذلك في أحكام المعاملات ولا يستطيع أنصار فكرة السخ أن يضربوا لنا مثلاً نحكم في المعاملات نسحه الله وجاء نص أكثر يسراً على العباد .

أما المبرر الثالث وهو تغير الأحكام بتغير الزمان فقول عجيب اللهم الا إذا فهم على أنه نسخ لما سبق القرآن في أزمنة سالفه . وهذا ليس هو النسخ الذي أعارضه . فإن قصد القائلون بالنسخ أن في القرآن احكاماً سخت بأحكام قرآنية أخرى لتغير الزمان فإن استعيد بالله من الشيطان لأن هذا القول لا يمكن أن يقبله إنسان ذلك أن فترة الوحي لم تستمر لأكثر من ثلاثة وعشرين عاما فهل هذا رمان تتغير فيه الأحكام الإلهية .

ومن ثم فإن التصور الوحيد الذي أتمتله هو تدرج التشريع . وقد أسلفنا أنه ليس نسخاً بالمعنى الفني للتعبير .

ذلك مبلغ علمي في قضية النسخ والله أعلم .

تصنيف الاحكام :

ويمكن أن نصنف الأحكام القرآنية في فئتين :

١ — المحكم ، ويضم المدركات الأساسية فهي أم الكتاب ، وتلك هي القواعد التي تقابل مايسميه الفقه الوضعي المعاصر بالقواعد الآمرة . بيد أن فكرة النظام العام هنا يجب أن تفهم بمعناها الذي يشرحه فقهاء القانون الخاص أي النطاق الذي لا تلعب فيه الإرادة دوراً لأن الإرادة الشارعة تلزم إرادة أشخاص القانون . وتبعاً فهي القواعد العليا لضمان الخير السياسي والاقتصادي والاجتماعي للمجتمع ، وبذلك تختلف عن مفهوم النظام العام في القانون

الدول الوضعى الذى لا يعرب سلطة مركزية تمنح سلطة عليا . ولذا فإن أشخاص القانون الدولى الوضعى لارالوا يتمتعون بنطاق واسع من سلطان الإرادة ترك لهم الحرية فى تحديد مايتشاءون من قواعد النظام العام .

٢- المستأنه ، وتشمل الآيات التى تحتل أكثر من تفسير ولما كانت تلك الآيات فى ساحة إلى استحلاء فإن حكمها غير قاطع ولذا يمكن أن نقارنها إلى حد ما بالتواعد الرضائية المفسرة أو المكسلة ذلك أنها ك لشخص القانون سريدي ، تحديد نطاق ممارسته لسيادته فى علاقته بسيادة أخرى أو بتتظيم دولي ، « يمكن تعديلها باتفاقات مخالفة .

ويستند هذا التصنيف إلى قوله تعالى « هو الذى أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم الكتاب . وأخر متشابهات فأما الذين فى قلوبهم ريح عرج ، فاستأنه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون فى العلم يقولون آسا به كل من عند ربنا وما يذكر إلا أولوا الألباب » (آل عمران ، / ١) .

٣- احدهمى قام بعدت عن موضوع الدراسة إذا عرضت لناحية القصص . من القرآن ، فالقصص فى القرآن - كما يقول الأستاذ - لا يراد بها سرد تاريخ الأمم وإنما هى ما جرى وبها دلي على حقيقة الناس ولذلك لا تذكر الوقائع والحرائد مرتبة بترتيب الألفبائى . ما رواها تنبها النبى عليه السلام الله تعالى فى الاجتماع السرى ، ويتابع القصة فى « ليلاد الإنسانية » ، « كذا ذكرى تلك من انباء الرسل ما نثبت به فؤادك وجاءك فى هذه الحق ومرحطة ودكرى للمؤمنين » . (محمد / ١٢٠) . كما يقول تعالى « فاقصص القصص لعلهم يتفكرون » (الأعراف / ١٧٦) .

ويتنب بعض الباحثين فى وجه القصص وقوفاً شاملاً مطلقاً ويتعلل فى ذلك بأن ابن حنبل قال « ثلاثة أشياء لا أصل لها : التفسير ، والملاحم ، والمغازى » ولعل ابن حنبل قال هذا لأنه شاهد أن كثيراً من القصص والأخبار قد أضيفت إلى التفسير فأخرجته عن دقته وتقيدته بالرواية الصحيحة والبيان المعقول ،

وأغلب الظن أن ابن حنبل يتكلم هنا عن قصص الإنسان وليس عن قصص القرآن .

وقد يخطر بالبال هنا سؤال : أفي القرآن مالا يمكن تفسيره ؟

« ذكر الرابع الأصفهاني أن عامة المتكلمين ذهبوا إلى أن كل القرآن يجب أن يكون معلوماً ، أي مفهوم المعنى ، أي مستطاع التفسير ، وإلا أدى عكس ذلك إلى بطلان فائدة الانتفاع به ، وأن لا معنى لإنزاله وحملوا قوله تعالى في سورة آل عمران « والراسخون في العلم » على أنه عطف على قوله تعالى « لا يعلم تأويله إلا الله » وجعلوا قوله تعالى « يقولون آمنا به » في موضع الحال فيكون معنى الآية أنه لا يعلم تأويل القرآن إلا الله والراسخون في العلم ، وحالهم أنهم يقولون آمنا به وبأنه من عند الله ، ويفيد هذا أن القرآن كله ممكن التفسير لهؤلاء العلماء » .

وأما عامة أعيان الصحابة ، وكثير من المفسرين بعدهم فقد ذهبوا إلى أنه يصح أن يكون في القرآن بعض مالا يعلم تأويله إلا الله ، وقال ابن عباس « أنزل القرآن على أربعة أوجه : وجه حلال وحرام لا يسع أحداً جهالة ، ووجه يعرفه العرب ، ووجه تأويله يعلمه العالمون ، ووجه لا يعلم تأويله إلا الله ومن انتحل فيه علماً فقد كذب » .

ويمكن التوفيق بين الرأيين بأن نقول : لعل الذين قالوا إن في القرآن مالا يمكن للإنسان تأويله أرادوا به أنه لا يمكن للإنسان أن يجزم بحقيقة المراد منه لأن ذلك عند الله وهذا لا يمنع أن يفهم الإنسان معنى لهذا النص قدر طاقته ، وفوق كل ذي علم عليم .

أو لعلهم أرادوا بما لا يمكن للإنسان أن يعلمه الأشياء التي استأثر الله بعلمها كقيام الساعة وعلم الغيب وحقيقة ما في الأرحام وما إلى ذلك « (الشرباصي ، المرجع السابق ، ص ٣٥ — ٣٦) .

والقول عندى أن هذه القضية لا تمثل مشكلة بالنسبة لدراستنا لأننا ناقش

أحكام المعاملات أى مايتعلق بالحلال والحرام وهذا كما يقول ابن عباس لايسع أحد جهاته . ولذا فإن لا أرى أن أبيض فى استعراض الموضوع .

وإذن فالقرآن الكريم هو الأساس الذى تبنى منه وعليه النظرية القابوية الإسلامية . ولكن من المستشرقين من يظن أن القرآن بذاته — منفصلاً عن أثره على المشكلة التى أثارتها السنة النبوية — لم يكن الأساس الأهم للنظرية الإسلامية فى باكورة أيامها . صحيح أن اهل الكتاب ينادون بأن القرآن — إذا فسر تفسيراً رتيباً — هو الأساس الوحيد لمذهبهم بيد أن هذه الصياغة التى تكتشف عن تحيز ضد التقاليد هى نتاج وليست نقطة انطلاق تطوّر نظرى معقد (أنظر Schacht, Joseph-The Origins of Muhammedan Jurisprudence, Oxford 1950, p. 224 . وعدى أن قول المستشرقين فى القرآن الكريم يعيبه دائماً عيب لصيق وهو أنهم يدرسون القرآن مترحماً فلا يستطيعون أن يتذوقوا حلاوته أو يسروا أصالته شأن بعض من يقرأون الكتاب الكريم باللغة العربية من أعاجم العرب لأنهم غرباء على العربية ضعفاء فى اسنشاف حوهرها .

كلمة حق :

أود قبل أن أنهى كلمتى عن القرآن أن أدفع بشدة شبهة قد تقوم فى الأذهان بسبب مايقراه المرء أحياناً فى بعض الدراسات الفقهيّة عن أن فى القرآن عدة لغات يقدرها البعض بخمسين لغة . ولكن هذا لا يعنى أن المقصود « باللغة » معاهها الاصطلاحى المتداول ، حيث تكون لكل أمة لغة ، لا تفهم إلا بالتعليم أو الترجمة كاللغة الانجليزية والفرنسية والعربية . ومما يقوى هذا الفهم فى نفس القارئ أن القرآن جاء على العرب التى كانت لكل قبيلة لعتها ولكل صقع من أصقاع الجزيرة منهجه اللغوى وتروته اللفظية الخاصة وإذا بها كلها تنصهر فى بوتقة واحدة .

والأمر ليس كما قد يتبادر إلى الذهن لأن اللغة فى مفهوم أهل اللغة والنحو معناها اللهجة أو طريق نطق الكلمة وهو قريب مما نعرفه اليوم من اختلاف أقاليم العرب فى إخراج الكلام ، بل قد يوجد هذا بين قرى ومدن الإقليم

الواحد كالذى سمعته فى مصر من اختلاف سكان الأقاليم فى طرق نطق الكلام
فيختلف الحضرى عن القروى والحضرى من الوجه البحرى عن الصعيدى ،
ويختلف لسان أهل أسبوط عن لسان أهل الاسكندرية وليس بينهما بعد مكافئ
مع اتحاد طرق التعليم فى المدارس واتحاد وسائل الإعلام المسموعة . والحق أنه
لم يكن عند قبائل العرب من اللغات كما نفهمها اليوم ولم يكن بينهم من التباعد
اللغوى ما يكون بين لغتين لأمتين مختلفتين وإما هو ما وصفتة فى تشبيه هذه
الفوارق بما بين اللهجات فى بلاد العرب اليوم . وهناك أدلة كثيرة لا حصر
لها : من ذلك تفسير العلماء حديث الرسول « إن هذا القرآن أنزل على سبعة
أحرف فاقرأوا ماتيسر منه » (رواه البخارى) .

الفرع الثاني فى الحديث (السنة)

« يطلو عليكم آياتنا ويزكيكم ويعلمكم الكتاب والحكمة »

الحديث (السنة) كنص فى الأحكام :

السنة لغة هى السيل والقاعدة والطريقة والسيرة وقد اشتقت من منن بمعنى بين فبى تثبت للقرآن الكريم وإذا أطلقت فى السريعة فإنما يراد بها مأمرو به الرسول ﷺ ومبى عنه ويدب إليه قولاً وفعلًا مما لم يرد فى كتاب الله (ابن منظور ، لسان العرب ، ح ١٣ ، ص ٢٢٠) .

والواقع أن اصطلاح السنة فى المفهوم الإسلامى قد ينصرف إلى قدرة الله « سنة الله فى الدين خلوا من قبل ولن تجد لسنة الله تدليلاً » (الأحزاب / ٦٢) .

وقد كان الشافعى أول من عرف السنة لأن أسلافه لم يكونوا يربطون لزماً بينها وبين الرسول وإنما كانوا يعمون بها التقاليد والعادات المثالية للأمة مكونة بذلك مايسمى بالتقاليد الحية ويضعونها على قدم المساواة مع الممارسة العرفية أو دات القبول العام أما الشافعى فقد قصر السنة على تصرفات الرسول ﷺ فهى وحدها دات الحجية . على أن الشافعى لم يتخلص تماماً من النظرة التى سبقته فهو يقر تقاليد الصحابة وآراء التابعين كحجج ثانوية . بيد أن تقاليد الصحابة والتابعين كانت قبل الشافعى هى القاعدة أما تقاليد الرسول نفسه فكانت هى الاستثناء فلما جاء الشافعى جعل الاستثناء هو القاعدة فعدت السنة تشير إلى أفعال الرسول أما الحديث فيعنى أقواله (أنظر مصطفى شلبى — المدخل ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ١٦٤) .

والسنة على هذا المفهوم لها عند الجمهور صور ثلاثة :

- (١) القول أى ماقاله الرسول .
- (٢) الفعل أى تصرف الرسول وممارساته .
- (٣) التقرير أى إقرار الرسول لتصرف أو عمل قام به شخص ما .

وعندى ان الحديث — أى السنة القولية — هى التى يمكن أن تكون مصدراً للأحكام القانونية الملزمة فى دائرة التشريع أما مجرد التصرف أو الاقرار الصامت فيندرج — فى رأى — تحت مدلول « الأسوة الحسنة » أو ترك الأمور على أصل الإباحة . ومن ثم فإن السنة التى تفرض أحكاماً والحديث هما عندى صنوان فى المدلول . ولذا فإنى من رأى الذى يقول بأن السنة هى الجوهر والحديث هى طريق نقله إلى الأحكام .

ولقد عزف المسلمون عن تجميع أحاديث الرسول أثناء حياته خشية أن يختلط الحديث بالقرآن . وقد مانع عمر بن الخطاب فى ذلك خشية أن ينصرف بها الناس عن القرآن . فاعتمدوا على ذاكراتهم فيما قاله الرسول أو فعله ولرأ أن هناك محاولات جرت فى عهد الرسول لتدوين الحديث إلا أنها لم تتسع ولم تتداول . وقد أحس المسلمون بعد وفاة الرسول الحاجة إلى جمع الحديث كى يكون فى متناول من يريد البحث والفتوى إذا هو لم يجد حكماً فى القرآن لاسيما بعد أن انقضى عصر الصحابة . ولما خاف عمر بن عبد العزيز اندثار السنة بوفاة المحدثين كلف أبا بكر بن حزم بأن يكتبها ولكن هذا توفى قبل أن يتم عمله ولم تجمع إلا فى العصر العباسى . ومن ثم فقد نذر بعض اللاهوتيين من المسلمين أنفسهم — خلال القرنين الثانى والثالث للهجرة — لمهمة تنقية وجمع الحديث وأسفرت جهودهم عن عدة مجاميع من أشهرها الصحيحان : البخارى ومسلم ، والسنن وأبو داود ، وابن ماجه والنسائى . ومن بين هذه المجاميع يحتل البخارى مكان الصدارة .

اعتماد الحديث :

والحق أن هذه الجهود — على إخلاص أصحابها وملاقيده من نصب
 وما نخلوها من سبر ومتابعة — ليست حجة قاطعة على صحة كل ما فيها من
 حديث فقد لعبت الإسرائيليات دوراً مأكراً في تزيف الأحاديث وعرف التاريخ
 كثيراً من الوضاعين . لقد وجد التحريف سبيله إلى أحاديث الرسول ﷺ كما
 أنبأ هو بذلك « إنه سيكذب على كما كذب على الأنبياء من قبلي فمن كذب على
 متعمداً فليتبوأ مقعده من النار » (صحيح مسلم — ج ١ ، ص ٦) . وقال
 أحد الوضاعين في القرن الثاني للهجرة وهو يواجه الموت — وهو أبو
 العوحاء — « لقد دسست أربعة آلاف حديث أحلل فيها وأحرم ومنها إلا
 ويعمل به » (كتاب الموضوعات الكبرى للعلامة على القارى — ص ١٤) .
 ولعل الرجل بالبلغ في قوله هذه إلا أننا نجد أموراً تحرمها أحاديث ولا أصل
 لذلك التحريم في كتاب الله وصحيح حديث رسوله ونجد أموراً تحلل وليس لها
 مستند من كتاب أو حديث يجمع على صحته . روى الحارث بن عبد الله
 الشمراني قال : مررت في المسجد فإذا الناس يخوضون في الأحاديث فدخل على
 « علي » عليه السلام فأخبرته فقال أقدر فعلوها ؟ قلت : نعم قال : أما إنني
 سمعت رسول الله ﷺ يقول : ألا إنها ستكون فتنة ، قلت : ما أخرج منها
 يا رسول الله ؟ قال : كتاب الله فيه نبأ ما قبلكم وخبر ما بعدكم وحكم ما بينكم
 هو الفصل ليس بالهزل من تركه من جبار قصمه الله ، ومن ابتغى الهوى من
 غيره أضله الله وهو جبل الله المتين وهو الذكر الحكيم وهو الصراط المستقيم
 وهو الذي لا تزيف به الأهواء ولا تلتبس به الألسنة ولا يشبع منه العلماء
 ولا يخلق على كثرة الرد ولا تنقضي عجائبه هو الذي لم ينته الجن إذ سمعته حتى
 قالوا : إنا سمعنا قرآنا يهدي إلى الرشd فآمنا به ألا من قال به صدق ومن عمل
 به آحر ومن حكم به عدل ومن دعا به هدى إلى صراط مستقيم » (رواه
 الحافظ والترمذي في جامعه) والمؤسف أن الجهود التي بذلت لتطهير الحديث
 من الدخول لم تحقق كل ما كان مرحوا منها على الرغم من قيام علم للحديث .
 وقد أفرغت تلك الحقيقة نفراً من العلماء فراحوا ينادون بالألا يؤخذ بالحديث

إلا بعد أن تثبت صحته ولكنى من رأى القائل بأن الحديث إذا ورد فى أى من الصحيحين أو السنن كان ذلك قرينة على صحته إلى أن يثبت العكس ، وذلك رأى فيه تيسير إذا أردنا الاعتماد على السند وإن كنت أفضل المتن .

وكيف يقع الاطمئنان فى نفس الإنسان حيال صحة ما جمع من حديث إذا كان هذا الجمع قد تم فى القرنين الثانى والثالث الهجرى وقد شهدت الأمة الإسلامية الحقائق التالية :

١ — نهى رسول الله عن كتابة شئ غير القرآن وقال لا تكتبوا عنى شيئاً غير القرآن ومن كتب فليمححه (رواه احمد ومسلم والترمذى والنسائى) . والعلة هنا هى الخوف من الخطأ وإلا فلم لا يدون الرسول الحديث كما دون القرآن .

٢ — لم يتفق الأئمة الأربعة على تحديد الصحيح من الحديث أو على العمل به .

٣ — أخرج ابن عساكر ومحمد بن اسحاق عن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قال مات عمر حتى بعث إلى أصحاب رسول الله فجمعهم من الآفاق ، عبد الله بن حذيفة ، وأبى الدرداء ، وأبى ذر ، وعقبة بن عامر فقال ماهذه الأحاديث التى أفشيم عن رسول الله فى الآفاق . قالوا أتنهانا ؟ قال لا أقيموا عندى لاتفارقوني ماعشت فنحن أعلم نأخذ منكم ونرد عليكم . فما فارقه حتى مات .

٤ — ذكر الآمدى فى كتاب الإحكام (ج ٢ ص ٧٨ — ١٨٠) أن ابن عباس لم يسمع من رسول الله سوى أربعة أحاديث لصغر سنه . وذهب ابن القيم (فى الوابل الصيب) إلى أن ماسمعه ابن عباس عن النبى لم يبلغ عشرين حديثاً وعن ابن معين وأبى داود فى السنن أنه روى تسعة أحاديث لصغر سنه ومع ذلك فقد أسند له أحمد بن حنبل فى سنده ١٦٩٦ حديثاً . كذلك أبو هريرة راوية الحديث الأكبر أسوق عنه قصة تدعو إلى التأمل ، ذلك أن عائشة سمعته يحدث أن رسول الله يقول : إن يكون الشؤم ففى ثلاث الدار والمرأة والفرس فغضبت

وقالت والله ما قال هذا رسول الله قط وإنما قال : أهل الجاهلية يقولون إن يكن الشؤم ففي ثلاث الدار والمرأة والفرس فدخل أبو هريرة فسمع الحديث ولم يسمع أوله . وقد تشكك أبو حنيفة في ذمة أبي هريرة في الرواية .

٥ — كانت الفتنة بين علي ومعاوية فرصة لدسّاسي الحديث ومن قبل كان أصحاب النبي يردون بعضهم بعضاً في الحديث . من ذلك أن عائشة روت حديث عبد الله بن عمر « إن الميت يعذب ببكاء أهله عليه » فقالت إنكم لتحدثون عسى غير كاذبين ولكن السمع يحطىء . والله ما حدث رسول الله ﷺ إن الله يعذب المؤمن ببكاء أهله . وقالت حسبكم القرآن (ولا تزرر زازرة وزر أخرى) .

هذا بالإضافة إلى ما وضعه الزنادقة وما وضع لنصرة المذاهب .
٦ — اختلف الصحيحان — البخاري والمسلم — في بعض الأحاديث من ذلك مثلاً أن البخاري روى عن ابن عمر أن النبي قال يوم الأحزاب لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة ووقع النص في جميع النسخ عند البخاري على صلاة العصر ووقع في جميع النسخ عند مسلم على صلاة الظهر مع اتفاق البخاري ومسلم على روايته عن شيخ واحد بإسناد واحد .

وقال ابن حجر والخطيب البغدادي إنه قال رب حديث سمعته بالبصرة كتبه بالشام ورب حديث سمعته بالشام كتبه بمصر . فتيل له : يا أبا عبد الله بكلماته ؟ فسكت . (من تاريخ الخطيب ، هدى المناري مقدمة فتح الباري ، ص ٢٠١ ج ٢)

٧ — هناك الوضّاعون ، وقد حكى السيوطي عن ابن الحوزي أنه رتب للوضّاعين أسباباً ودرجات فقال « منهم من غلب علمهم الزهد فغلوا عن الحفظ ومنهم من ضاعت كتبه فتحدث عن حفظه فغلط ومنهم قوم تخطت لكن اختلطت عقولهم في آخر أعمارهم ومنهم من يروى الخطأ سهوا فلما رأى الصواب وأيقن به لم يرجع أنفة من أن ينسب إليه

الغلط ومنهم زنادقة وضعوا الحديث قصداً إلى إفساد الشريعة وإيقاع الشك والتلاعب بالدين وقد كان بعض الزنادقة يفعل الشيء فيدس في كتابه مالميس من حديثه . والحق أن هناك أسباباً عديدة دعت إلى الدس والتزييف . أما وضاعوا الحديث فكانوا . كثيرين وقالوا إن أشهرهم أربعة هم : أبو يحيى في المدينة والواقدي في بغداد ومقاتل بن سليمان مخراسان ومحيى بن أبي سعيد بالشام .

٨ — عاشت الأمة الإسلامية — قبل تدوين الحديث — في عهد الأمويين وكان صاحبهم ومؤسس دولتهم معاوية بن أبي سفيان على حد قول البعض من الوضعاء — تم جاءت دولة العباسيين فكثرت الوضعاءون لإرضائهم .

حجية الحديث :

لهذا ولغيره من الأسباب والمبررات التي يضيق عنها هذا البحث أقول مع البيهقي والسيوطي إن العبرة في الاطمئنان إلى الحديث هي بصحة المتن والمعنى لا بصحة السند . وقد استثار وضع الحديث في النظرية الإسلامية خلافاً حاداً بين الفقهاء ولكني لا أتوى أن أدخل في تفاصيله اكتفاء بما أسلفت في نطاق مقتضيات هذه الدراسة واجتزىء الآن بالقول بأن علاقة القرآن بالحديث هي وضع من ثلاثة :

- (١) أن يتفق الحديث مع القرآن .
- (٢) أن يكون تفسيراً لنص قرآني .
- (٣) أن لا يتعارض الحديث مع القرآن .

وإني لأنكر بحمارة الأخذ بالحديث المناقض ، وإذا كنت قد رقبضت النظرية التي تقول بأن الآيات القرآنية قد يلغى بعضها البعض الآخر فإنني من باب أولى أنكر جواز أن يلغى الحديث نصاً قرآنياً . ومن ثم فإن السنة وإن كانت من الناحية القانونية هي أحد المصدرين الأساسيين للنظرية الإسلامية إلا أن الحديث محكوم قطعاً بالقرآن وليس ذلك لأن الحجية مختلفة وإنما لأن الإثبات ليس على

المستوى ذاته . وتعا فإن مخالفة الحديث للقرآن يكون علامة على عدم صحة الحديث .

وينكر البعض حجية الحديث ولهم في ذلك نظرة يطور بي المقام إذا أنا أردت عرضها تفصيلاً ولذا أوجز القول فيما يلي :

١ — طول العهد قبل تدوين السنة جعلها محل خلاف والأساس أن الشريعة لا تكون ملزمة للمكلف إلا إذا كانت معلومة أو في حكم المعلومة . وهذا رأى يقترب مما يقول به المحدثون في شأن القانون وهو أن عدم نشر القانون على نحو يجعله معلوماً أو ميسراً لمن يريد أن يعلمه يمكن أن يكون مبرراً يعزر من جهل به فلم يراعيه .

٢ — قال تعالى « ونزلنا الكتاب تبياناً لكل شيء » . وقال عز من قائل « ما فرطنا في الكتاب من شيء » . وأحكام المعاملات أحق بهذا البيان وعدم التفريط وتعا فالحجية للقرآن وحده وفيه مايعنى الناس به عن الحديث .

٣ — أمر الرسول المسلمين بأن يتحوا ماكتوه عنه غير القرآن وحذر من الكذب عليه بعد وفاته الأمر الذى أثار الشك في السنة كمصدر .

ولكن حجية السنة كمصدر للشريعة الغراء ثابتة في أكثر من آية ، اذكر منها قوله عز وجل :

- ١ — « ومأتاكم الرسول فخذوه وماهاكم عنه فانهوا » (الحشر / ٧) ،
- ٢ — « ماكان المؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم » (الأحزاب / ٣٦) ،
- ٣ — « وماينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى » (النجم/ ٣ ، ٤) ،
- ٤ — « فآمنوا بالله ورسوله النبي الأمي الذى يؤمن بالله وكلماته واتبعوه لعلكم تهتدون » (الأعراف / ١٥٨) .

فلما انتقل الرسول إلى الرفيق الأعلى انقطع الوحي وانحصر التعبير عن الإرادة الإلهية فيما تركه الرسول فينا — كتاب الله وسنة رسوله — ولذا أناقش

هذين المنصدين الأساسيين للقانون الإسلامي في نطاق ماتتطلبه هذه الدراسة .
وقد اهتم الفقهاء بالحديث فأقاموا له علماً بذاته هو علم الحديث واستوا
شروطاً لرواياته وضوابط لاستحلاص صحيحه وفهم أحكامه وقد وضع علماء
السنة خمسة شروط لقبول الأحاديث السوية ، ثلاثة منها في السند واثنان في
المتن :

- (١) فلا بد في السند من راوٍ واع يضبط ما يسمع ويحكمه بعدئذ طبق الأصل .
- (٢) ومع هذا الوعي الذكي لابد من خلق متين وضمير يتقى الله ويرفض أى تحريف .
- (٣) وهاتان الصفتان يجب أن يقرروا في سلسلة الرواة فإذا اختلفا في راوٍ أو اضطربت إحداهما فإن الحديث يسقط عن درجة الصحة . ونظر بعد السند المقبول إلى المتن الذى جاء به أى إلى نص الحديث ذاته .
- (٤) فيجب ألا يكون شاداً .
- (٥) وألا تكون به علة فادحة . وقد يصح الحديث سنداً ويضعف متناً بعد اكتشاف الفقهاء لعلّة كامنة فيه .

وأحيل في ذلك إلى كتب الأصول وعلم الحديث لأن البحث في هذا يطول ولا أريد لهذا السفر أن يكون نسخه من كتب علم الأصول وإنما أتمنى على الله أن ينصرف كله أو على الأقل جله للقضية الأساسية وهى بيان أحكام قانون السلام في الإسلام .

وقد يكون من المناسب في هذا المقام أن أعرج بكلمة عن موضوع له صلة بهذا الفرع من الدراسة وأقصد به اجتهاد الرسول ﷺ .

اجتهاد الرسول :

لا مرأى في أن الشريعة الإسلامية شريعة شاملة أبدية غير أن الشمول لا يعنى أنها قد احتوت حكماً مباشراً لكل دقيقة من دقائق الحياة وإنما يعنى أنها أتت بلبادىء العامة والقواعد الأساسية والخطوط العريضة التى تندرج تحتها

كافة القضايا والأحكام التي تتغير بتغير الزمان وانكاس (بادية شريف
العمري — اجتهاد الرسول ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥ هـ —
١٩٨٥ م ، ص ٦ ، ٧) .

ومن هنا كان منصب الاجتهاد في الشريعة فرضاً على الأمة فهو واسطة الأمة
في تيسير شئونها وسبيلها في الأحكام إلى شريعة الله .

وهناك حاب حيوى من الاجتهاد تشهد عليه نصوص القرآن وأحاديث
التاريخ ألا وهو اجتهاد الرسول ﷺ وهو من مدرك الاجتهاد سر النواة
وعصب الحياة وهو بذلك حرى بالبحث والتحليل ولذا أضفى عليه بصيصا
من النور في حدود ماتسع له حنات هذا السفر . وبد هي أن اجتهاد الرسول
ﷺ لا يكون إلا فيما لم ينزل به وحى ، فهو عنوان على بشرية النبي الأمى
وانسانيته

وقد اختلف الأصوليون في حواز الاجتهاد للرسول عقلا وعدم جوازه على
قولين :

قول بجوار اجتهاد الرسول ﷺ عقلا ولأن نقرأ ممن قالوا بذلك وقفوا عند
الجواز العقلى فحسب وذهب آخرون إلى أنه وقع فعلاً .

وقد توزع المُجَوِّزون لوقوع الاجتهاد فعلاً على ثلاثة اتجاهات :
أ — أن الرسول كان يجتهد بمجرد وقوع الحادثة أو سؤاله دون انتظار
الروحى .

ب — أن الرسول كان ينتظر الروحى إلى أن تمضى فترة الانتظار . وقد قدر
البعض فترة الانتظار بثلاثة أيام وقدرها آخرون بخوف فوات الغرض .
ح — وتوقف البعض فلم يقطعوا بشيء .

كذلك اختلف المُحَوِّزون في محل الاجتهاد بمعنى هل يجوز الاجتهاد في أمور
الدين والدنيا أم في أمور أيهما فحسب .

وقول بمع الاجتهاد مطلقاً ويعتبر أن القول بجواز الاجتهاد للأبياء كفر
عظيم .

والقدل عدى يتفق مع مذهب المَحَوِّزِينَ فَنِي آيَاتِ الْقُرْآنِ الدَّلِيلُ السَّاطِعُ
على أن للرسول اجتهداً في بعض الأمور . وأسوق مثلاً على ذلك من قوله تعالى
« عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الدين صدقوا وتعلم الكاذبين »
(التوبة / ٤٣) . ذلك أن هناك فريقاً من المسلمين تخلفوا عن الغزو بإذن من
الرسول وكان إلادهم اجتهداً منه ﷺ وإذن فالآية تدل على أن الرسول
اجتهد في واقعة بعينها لم ينزل فيها وحى . (نادية العمرى كى المرجع السابق ،
ص ٦١) .

ويمكن أن نصنف اجتهد الرسول في الأنواع التالية .
أ — الأمور الديوية كمسألة تأبير النحل .
ب — أمور الحرب كما حصل في أسرى بدر .
ج — أمور العبادات كالأذان بوصفه وسيلة لإعلان عن الصلاة
د — الأقضية . وفي هذا يقول ﷺ « إلكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم
ألحن نلجته من بعض » .

وحكم اجتهد الرسول فيه رأيان :
أ — أنه جائز شرعاً ولكنه ليس بواجب ، ووجهة هذا الرأى أن للأحكام
أصلاً وهو الكتاب .
ب — أنه واجب عليه ، ووجهة هذا الرأى أن الأحكام مأخوذة من سنته إذا
خلا الكتاب منها .

كذلك لم يتفق الفقهاء حول جواز الخطأ في اجتهد الرسول ولعل الأقرب
إلى المنطق جوار أن يرد الخطأ على اجتهد الرسول ولكنه لا يقر عليه لا سيما
إذا تعلق الاجتهد بغير أمور الدنيا .

ويذهب معظم الأصوليين إلى جواز تفويض الله سبحانه وتعالى لنبه في
الوقائع التي ليس فيها نص . ولكن من قالوا بالجوار العقلى منعوا الوقوع ولم
يقل بالوقوع . إلا موسى بن عمران من المعتزلة (نادية العمرى — المرجع
السابق ، ص ١٥٠) .

فروع ملحق فى الإجماع

تعريف وتحديد :

إن استكمال الكلام عن مصادر القانون الإسلامى يتطلب منى أن أناقش قضية تتعلق بأصل ثالث يرتفع به بعض العلماء إلى مستوى المصدر بلى القرآن والسنة ، ذلك هو الإجماع . إن هذا الترتيب الذى تعارف عليه الجمهور له أسباب يذكرها الأصوليون وتتلخص — كما يقول الأسنوى — فى أن الإجماع فرع من القرآن والسنة . وهذا قول يصدق عندى على الاجتهاد أيضاً .

والإجماع هو الإعداد والعزيمة على الأمر وقوله تعالى « فاجمعوا أمركم وشركاءكم » أى وادعوا شركاءكم وأجمع من الألفاظ الدالة على الإحاطة وليست بصفة (ابن منظور — لسان العرب ، ح ١٨ ، ص ٥٧ — ٦٠) .

ويختلف الأصوليون فى تعريف الإجماع اختلافاً واضحاً وذلك يرجع إلى اختلافهم فى المسائل التى تتعلق بأركانه وشروطه وأحكامه . ويمكن أن نصنف الفقهاء — فى موقفهم من الإجماع — إلى ثلاث مدارس : مدرسة تؤيد الإجماع ومدرسة تنكره وثالثة لا تؤيده مطلقاً ولاتنكره مطلقاً .

نظرة مزيدى الإجماع تأييداً مطلقاً :

والطريف أن أصحاب هذه المدرسة يختلفون فى تعريف الإجماع فهو عند البعض إجماع المجتهدين من أمة محمد ، وعند آخرين إجماع علماء الأمة أو إجماع أهل الحل والعقد . والمشارك بين هذه التعريفات هو إخراجها للعوام أى من لم يبلغ مرتبة الاحتاد ، فلا عبرة بموافقهم ولا بمخالفتهم بناء على هذه النظرة (على عبد الرارق — الإجماع فى الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٤٧ ، ص ٥ — ٧) .

« ونقل الآمدى فى الإحكام أن النظام عرف الإجماع بأنه هو كل قول قامت حجة حتى قول الواحد . قال الآمدى وقصد بذلك الجمع بين انكار كون إجماع أهل الحل والعقد حجة وبين موافقته لما اشتهر بين العلماء من تحريم مخالفة الإجماع » (على عبد الرارق — المرحع السابق ، ص ٩) .

ويبدو أن أكثر التعريفات قبولاً عند أنصار الإجماع هو أنه عبارة عن اتفاق حملة أهل الحل والعقد من أمة محمد فى عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع . والتعريف على هذا النحو يشترط لتحقيق الإجماع :

(١) أن يحصل الاتفاق بين المجتهدين ومؤدى هذا أن اتفاق غير المجتهدين لا يشكل إجماعاً والبعض يستدل من ذلك على أنه لا عبرة بموافقة العوام ، ويقصد بالعوام — كما أسلفت — من لم يبلغ مرتبة الاجتهاد لأن العامى يغلب فى معظم حالاته والآمة قولها حجة يستند إلى الاستدلال ولزوم الكل وهذا كفعل النظر .

(٢) اتحاد الزمن فى الإجماع ولكن البعض يتشدد فيشترط ان ينصرم عصر المجمعين . ومن الأصوليين من يرى أن الإجماع لا ينعقد فى زمن الرسول ﷺ وإنما بعد وفاته .

(٣) أن يكون على حكم شرعى بيد إن هناك من الفقهاء من يرى جواز أن يكون الإجماع على أى الأركان شرعياً أو عقلياً أو عرفياً .

ويشرح الآمدى هذه الشروط فيقول « هذا وإن اتفاق العلمى لا يعتبر فى الإجماع ، وإلا فالواجب أن يقال الإجماع عبارة عن اتفاق المكلفين من أمة محمد إلى آخر الذكور . فقولنا اتفاق يعنى الأقوال والأفعال والسكوت والتقرير . وقولنا جملة أهل العقد والعقد احتراز عن اتفاق بعضهم وعن اتفاق العامة وقولنا من أمة محمد احتراز عن اتفاق أهل الحل والعقد من أرباب الشرائع السالفة وقولنا فى عصر من الأعصار حتى يندرج فيه إجماع أهل كل عصر إلى يوم القيامة . وقولنا على حكم واقعة ليعم الإثبات والأحكام العقلية والشرعية » (الآمدى — الإحكام ، ج ١ ، ص ٢٨١ — ٢٨٢) .

واعتبر الإجماع مصدراً في الأصول استناداً إلى الكتاب الكريم والسنة والنقل ، وانتقى من تلك الحجج :

١ — قوله تعالى « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ماتولى ونصله جهنم وساءت مصيراً » (النساء / ١١٥) . والآية صريحة في أن من يتبع غير سبيل المؤمنين حكمه كحكم من يشاقق الرسول ويخرج على طاعته فهو إذن كافر . قد يكون لأنصار الإجماع بعض المنطق في استنادهم إلى هذه الآية لو أنهم استطاعوا إثبات أن إجماعاً قد تم على نحو فعل شامل جامع كى يعتبر سبيلاً للمؤمنين لانتجوز مخالفته وهذا ماثبت على مر العصور أنه ضرب من الخيال . ويضيف الغزالي إلى ذلك قوله تعالى « وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس » (البقرة / ١٤٣) « كنتم خير أمة أخرجت للناس » (آل عمران / ١١٠) « ومن خلقنا أمة يهدون بالحق وبه يعدلون » (الأعراف / ١٨١) . « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا » (آل عمران / ١٠٣) . ووجه الاحتجاج بهذه الآيات أن الله قد عدل المؤمنين وجعلهم حجة على الناس فيما يقولون ، والشهادة على الناس تقتضى الإصابة كما أن الله أخبر عن خيريتهم بصفة التفضيل .

٢ — تؤكد الآثار أن الأمة لا تجتمع على ضلالة وأن مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن . واشتهر على لسان الثقات من الصحابة من نحو قول الرسول إن الأمة لا تجتمع على الضلالة وإن يد الله مع الجماعة وأن الرسول ﷺ أمر بلزوم جماعة المسلمين مما يحتج به في أن إجماع المسلمين ملزم يقول الشافعى « ما معنى أمر النبى يلزم جماعتهم ؟ قلت : لا معنى له إلا واحد — قال : فكيف لا يحتمل إلا واحد .. ومن قال بما تقول به جماعة المسلمين فقد لزم جماعتهم ، ومن خالف ما تقول به جماعة المسلمين فقد خالف جماعتهم التى أمر بلزومها ، وإنما تكون الغفلة في الفرقة فأما الجماعة فلا يمكن فيها كافة غفلة عن معنى كتاب ولا سنة ولا قياس إن شاء الله » (الشافعى — الرسالة ، ص ٤٧٥ — ٤٧٦) . « وعن ميسون بن مهران قال : كان أبو بكر الصديق إذا

ورد عليه حكم نظر في كتاب الله تعالى : فإن وجد فيه ما يقتضى به قضي به وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله ﷺ فإن وجد ما يقتضى به قضي به فإن أعياه ذلك سأل الناس : هل علمتم أن رسول الله ﷺ قضي به بقضاء ؟ فرجما قام إليه القوم فيقولون قضي فيه بكذا وكذا . وإن لم يجدت سننها النبي ﷺ جمع رؤساء الناس فاستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضي به . وكان عمر يفعل ذلك فإذا أعياه أن يجد ذلك في الكتاب وفيه سأل : هل كان أبو بكر قضي فيه بقضاء ؟ فإن كان لأبي بكر قضاء قضي به وإلا جمع علماء الناس واستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على شيء ، قضي به . (ابن قيم الجوزية — أعلام الموقعين عن رب العالمين ، مصر المطبعة الميمنية ، ح ١ ، ص ٧) . والقصة على هذا النحو تثير شكى لأنها تعنى أن أبا بكر وعمر كان يتجاهلان السنة — وهي مفسرة ومكملة — إذا كان هناك حكم في القرآن ولا أحسب أن هذا موقف الرحلين من السنة .

والإجماع قد يكون إجماعاً واقعياً كالإجماع في مذهب مالك وقد يكون ذاتياً إلى إجماع المجتهدين في مختلف أقطار الإسلام . كذلك قد يكون الإجماع سكوتياً وقد يكون إيجابياً .

ويمكن أن نقسم الإجماع من ناحية أخرى إلى : إجماع نقلي أى المنقول عن الكتاب والسنة وهو في الحقيقة ليس إجماعاً بالمفهوم الفني ، وإجماع عقلي وهو الإجماع عن طريق الاجتهاد .

ويرى كثير من القائلين بالإجماع أن من الضروري ابتناء الحكم المجمع عليه على سند ظني حتى يقبل الاجتهاد ويصبح الحكم المجمع عليه قطعياً بعد الإجماع فتزداد قوة السند ولا تصح مخالفته .

والإجماع عند القائلين به يعتبر حجة شرعية قطعية عند عامة المسلمين . ويتغالى بعض أنصار الإجماع فيذهبون إلى أن « الإجماع يجوز ناسخاً للكتاب والسنة .. » وتمسكوا بما روى من أن عثمان رضي الله عنه لما حجب الأم عن

الثالث إلى السادس بأخوين قال ابن عباس رضى الله عنه كيف تحجبها بأخوين وقد قال تعالى « فإن كان له أخوة فلائمه السادس » والإخوان ليسا بأخوة ؟ تم قال حجبتها قولك يا غلام ، قول على حواز النسخ بالإجماع . ومع ذلك فإن سند عثمان لم يكن إجماعاً بالمعنى الدقيق وإنما اجتهد بالمفهوم الفنى للفظ ، وهو محل نظر ولو أنه رأى صحابى جليل . والإجماع يخص الكتاب والسنة كما يثبت من تخصيص آية القذف فإنها توجب ثمانين جلدة للحر مابعد وأوجبوا عليه نصف الثمانين » (على عبد الرزاق — الإجماع فى الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربى ، ١٩٤٧ ، ص ٩٧ — ٩٩) . ويذهب الجمهور إلى أن الإجماع عن غير دليل حجة . واختلفوا فى تجويز إجماع على خلاف إجماع سابق ، فالبعض أحازه والبعض منعه .

ب — نظرة منكرى الإجماع :

يقف أحمد بن حنبل على رأس قائمة منكرى الإجماع فقد نفى وجود إجماع حقيقى وقال من ادعى ذلك فهو كاذب (رفيق العجم — الأصول الإسلامية ، المرجع السابق ، ص ١٢٢) . وبذلك قال بعض الخوارج والشيعة .

وحجة منكرى الإجماع تقوم أساساً على الأسانيد التالية :

- ١ — تعذر سماع الأخبار من كل فرد من أهل الحل والعقد أو مشاهدة فعل كل منهم لكثرتهم وتفرقهم فى البلاد ، ولذا يستحيل أن يكون الإجماع كلياً فهذا فرض نظرى لم يتحقق حتى فى عصر الصحابة .
- ٢ — إذا كان اتفاق المجتهدين عن دليل قطعى فإن القطعى يبنى عن الإجماع وإن كان عن ظنى فإن الأخذ به ينافى طبيعة الناس فى اختلاف قرائحهم وتباين نظراتهم .
- ٣ — يعارض المنكرون للإجماع ما أورده المؤيدون من آيات وآيات أخرى مثل قوله تعالى « تبياناً لكل شىء » . (النحل / ٨٩) . فتبيان كل شىء لله ومنه رسوله ، والإجماع غير هذا .

وفي قوله سبحانه « فإن نازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول » (النساء / ٥٩) فلم تذكر الآية الكريمة الإجماع . نعم إن النزاع غير الإجماع وهو يرد إلى الله وإلى الرسول .

كذلك يقول جلت قدرته — « وأن تقولوا على الله مالا تعلمون » (البقرة / ١٦٩) . وقد تكرر معنى هذه الآية في مواقع كثيرة من الكتاب الحكيم وهي تنفيذ جواز خطأ المختدين فإذا كانت حجية الإجماع قائمة على فرص عصمة الأمة — أي مختدى الأمة — فإن لفظ الأمة يجب أن يحمل على الأمة بمعناها العام متبعة لما ورد منصوص مثل « عليكم بالسواد الأعظم » . « يد الله مع الجماعة فمن شذ شذ في النار » .

وقد حرى مايؤبد ذلك في عصر الصحابة فلم ينكر أحد منهم ابن عباس عندما حالف أكثر الصحابة في مسألة العول — مثل روجة وبين وأبوس نعول من أربعة وعشرين إلى سبعة وعشرين (إذا اجتمع في هذا المخرج بروض كثيرة بحيث لم تكن ابتراؤه فاحتاج إلى العول) .

ج — نظرة من توسط فلم ينكر كلية ولم يثبت كلية :

وهنا نشهد أكثر من مذهب ولكنها تجتمع عند فكرة التوسط بين الإنكار والإثبات :

١ — فالإجماع عند داود الظاهري — وبجاريه في ذلك كثير من الفقهاء — هو إجماع الصحابة لأن الإجماع يكون عن توقيف والصحابة هم الذين شهدوا التوقيف .

٢ — والإجماع عند الشيعة هو إجماع أهل البيت لا إجماع عامة المسلمين .. وأهل البيت عندهم هم : علي وفاطمة والحسن والحسين لقوله تعالى : « إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت ويطهركم تطهيرا » (الأحزاب / ٣٣) . فنفي بذلك عنهم الخطأ والضلال لأنها من الرجس . وقول الرسول « إني تارك فيكم الثقلين فإن تمسكتم بهما لن تضلوا : كتاب الله وعترتي » .

٣ — الإجماع عند الزدوى وآخرين هو على مراتب ، فإجماع الصحابة مثل الكتاب والخبر المتواتر . وإجماع من بعدهم مثل المشهور من الأحاديث . والإجماع الذى سبق فيه خلاف في العصر السابق بمنزلة خبر الواحد .

٥ — ويحصر الشافعي الإجماع في الفرائض الرئيسة فقط دون الفروع فيما لا يسمع مسلماً أن يخالفه ، يعنى المعلوم من الدين بالضرورة . وقد رفض الشافعي صراحة ما يسمى بالإجماع السكوتي ذلك أنه يكون في الفروع والفروع عند الشافعي تخرج عن الإجماع . فإن أخذنا بقول الشافعي فإن المسلمين جميعاً — وليس خاصتهم فحسب — يعتبرون أهلاً للإجماع لأن المسلمين جميعاً — المجتهدين منهم والعامه — يعلمون بمجمل الفرائض التي كلف بها المسلم . وفي قول آخر فإن الإجماع عند الشافعي ليس هو الإجماع الذي يتكلم عنه الأصوليون . ولعل هذا المعنى لم يكن واضحاً عند فضيلة الشيخ أبى زهرة إذ ذهب إلى أن الشافعي لا يعتد إلا بإجماع العلماء (البتاجي — مناهج التشريع ، المرجع السابق ، ص ٧٢٨) . ولعل للفتية عذره لأن معالجة الشافعي للإجماع تتسم بالتردد وتعدد المواقف .

٥ — أما الإجماع عند مالك فهو إجماع أهل المدينة . ورأى مالك هذا هو البذرة الأولى التي نبتت منها فكرة الإجماع الأصولي بعد ذلك .

الإجماع (رأيي الخاص) :

إننى اكتفى بالتلميح إلى معضلات قضية الإجماع لإظهار أن القضية أكبر من أن تؤخذ على عواهنها وأوجه عنايى لما يتعلق من القضية بهذه الدراسة والحق إن مايتصل — في نظري — بهذه الدراسة من قضية الإجماع هو تحديد وضع الإجماع من أصول الشريعة الإسلامية . والقول عندى إن الإجماع — بمعنى إجماع العلماء والخاصة — ليس مصدراً من مصادر الشريعة الإسلامية . وإنما هو دليل ثم إنه ليس دليلاً مستقلاً وإنما به صورة من صور الاجتهاد

الفقهى يتعدد فيه الفقهاء الذين يجمعون على رأى واحد . وتبعاً فإنه قد يختلف عن الاجتهاد الفقهى الفردى فى الدرحة ولكنه لا يختلف فى الطبيعة من حيث ان رأى الجماعة هو عادة — وليس لزاماً — أفضل من رأى الفرد . والاطمئنان إليه هو فى أغلب الأحوال أقرب إلى النفس والعقل من الاطمئنان إلى رأى الفرد . وحجتى فى استبعاد الإجماع كمصدر ثالث للأحكام الشرعية تقوم على المحاذير التالية :

١ — لم يتفق فقهاء المسلمين — كما أسلفت — على المقصود بالإجماع الذى يتكلمون عه فكيف نعتمد مصدراً هو فى ذاته محل خلاف من حيث الوصف والتحديد — ثم إن العمل بالمدينة لم يكن موحداً وقد تعددت فيها الممارسات بتعدد آراء الفقهاء فى المسألة . وهذا مأخذه الشافعى على نظرة مالك فى الإجماع (أنظر محمد التاجى — مناهج التشريع الإسلامى فى القرن الثانى الهجرى — المجلد الثانى — الرياض ، مطابع نجد سنة ١٩٥٧ ، ص ٦٠٥) .

٢ — ثم إن الآية ٣٣ من سورة الأحزاب نزلت فى نساء النبى — أما قول الرسول عن عترته فلا يعول عليه فى الاستنباط وهذا الفهم مردود لأن الصحيح فى الحديث هو أنه ترك سنته مع كتاب الله وليس عترته بمعنى أهله وأسرته .

٣ — « ونفى ابن حنبل وجود إجماع حقيقى وقال من ادعى ذلك فهو كاذب واحتج من ذهب مذهبه على تعذر سماع الأخبار من كل فرد من أهل الحل والعقد أو مشاهدة فعل كل منهم وذلك لكثرةهم وتفرقهم فى البلاد » (رقيق الحجم — الأصول الإسلامية ، المرجع السابق ، ١٩٨٣ ، ص ١٢٢) . كما أن الفتوى فى الفروع تخرج — عند الشافعى — عن الإجماع فضلاً على أن كلا ينسب إليه قوله وعمله (الشافعى — الأم ، ج ١ ، ص ١٣٤) .

٤ — يستحيل أن يكون الإجماع كلياً فهذا فرض نظرى لم يتحقق فى عصر

من العصور ، ومن ثم فلم نستغل أنفسنا بتصور لا واقع له . ويقول البعض إن الإجماع الكلي تحقق في عصر الصحابة ولكن هذا القول مبالغ فيه . وإذا كان الشافعي قد أنكر الإجماع على أهل المدينة وحدها فكيف يتوفر الإجماع للصحابة وقد انتشروا في مختلف البلاد والأمصار . وحتى إن صح أن الإجماع تحقق في عهد الصحابة فهو قد أصبح ذا قيمة تاريخية وليس من المقبول أن نجعل مما تحقق فرضاً من إجماع نصاً له قوة الإلزام مع اختلاف الزمان والمكان وإلا كان معنى ذلك أن الصحابة قد ورثوا عن الرسول سلطة التشريع الديني وهذا قول ينادي الخطأ وقائله مارق عن الدين .

٥ — إزاء استحالة أن يكون الإجماع كلياً ليكون إجماعاً أخذ البعض بمبدأ الأكثرية في صحة الإجماع وبحق الأقلية في الاعتراض اعتماداً على أنه ضرورة عصرية لطبيعة كثرة الناس وتضارب مصالحهم . وإن لأعجب من هذا الرأي الذي يريد أن يفرض باسم الإجماع رأياً الأكثرية على الأقلية وإن أعطى للأقلية حق الاعتراض ، ذلك أنه لا يعطيها حق الانفراد . وأسأله كيف يمكن أن يكون هذا المطلق هو منطق النظرية الإسلامية وبأي معيار نقيس الأكثرية أهى الأعلى العددية أم الأعلى الموصوفة أم كيف . فإن قلنا إن الاعتراض يعني أن لكل رأيه وله أن يتبعه دون أن يلتزم برأى الأكثرية لكان ذلك إهداراً لرأى أصحاب هذه النظرية إذ ماذا يعني الإجماع إذن وما قيمته ؟ لقد قدمت أن رأى الواحد قد يكون أحياناً أفضل من رأى الأكثرية . والمتصور في ذلك مخالفة أبى بكر لأكثرية الصحابة الذين اجتمعوا على امتناع قتال مانع الزكاة . ومن ثم مرأى الأكثرية ليس دائماً بالرأى الأصوب ، بل إن الأكثرية في القرآن قد تكون على خطأ في الرأى كما في قوله تعالى « لقد تجنناكم بالحق ولكن أكثركم للمحق كارهون » (الزخرف / ٧٨) ، والكثرة ليست دائماً مميزة كما في قوله سبحانه « قل هل يستوى الخبيث والطيب ولو أعجبك كثرة الخبيث » (المائدة / ١٠٠) وكقوله عز من قائل « ولقد ضل قبلهم أكثر الأولين » (الصافات / ٧٨) .

٧ — الآية التي يستشهد بها انصار الإجماع في شأن مشاققة الرسول وعدم اتباع سبيل المؤمنين هي كما قال العرالي — لاتدل على الغرض المطلوب فإنها واردة فيمن يقاتل الرسول ويخالفه ويتبع غير سبيل المؤمنين .

٨ — لقد خصص القائلون بإجماع العلماء لفظتي « الجماعة » و « الأمة » التي جاءت في الأحاديث الشريفة بغير مخصص . والقاعدة الأصولية أن النص يتسم بمفهوم عبارته مالم يقيم دليل على مفهوم آخر . وحجة هذا الفريق من العلماء التي قدمها في رفض قول العامي يرد عليها بأن الاستدلال ولو كان من عمل العلماء والخاصة إلا أنه لا يجمع عن العامة المهيم والموافقة والاطلاع ، وأن العامي قد لا يصيب الرأي منفرداً ولكنه مع غيره من العامة والخاصة يصيب ويجعل الإجماع حجة لأن الأمة معصومة . والحق عدى أن الإجماع الذي تتكلم عنه الأحاديث الشريفة هو إجماع الأمة أو الجماعة بمعناها الواسع أي شاملة للعالم والعامي معاً . فعندما نقول بأن يد الله مع الجماعة لا نخص بذلك العلماء ، وإنما ينصرف ذلك إلى المسلمين كافة حتى يكونوا كالبنيان يشد بعضه بعضاً ولا يكونون جميعاً وقلوبهم شتى » إن هذه امتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » . إنها دعوة إلى التضامن الإسلامي وليست تحزباً لارستقراطية علمية وبذلك تكون أمة وسطاً تشهد على الناس ولذلك حفظ الله إجماعها عن الضلالة وأبقى الخير فيها إلى يوم القيامة .

وإني لأزكى موقف ابراهيم سياد النظام في انكاره لحجة الإجماع من حيث أن الحكم المجمع عليه لو كان مستنداً إلى دليل قطعي لكان الدليل ذاته هو الحجة وإن كان مستنداً إلى دليل ظني لم يتحقق الإجماع لاختلاف الناس في استنباط الأحكام .

إن كل ما قدمه أنصار الحجة التي تحصر الإجماع في العلماء من أسانيد هي بين أن تكون بعيدة عن تزكية هذا الرأي وبين أن تكون دليلاً على حجية العرف بوصف أن العرف هو في الحقيقة إجماع الأمة بمفهومها الأشمل . ولكنني أرفض بشدة القول بأن إجماع مجتهدى الأمة — حتى لو تحقق — يمكن أن

ينسخ حكماً في القرآن أو الحديث لأن هذا يعني إضفاء سلطة التشريع على مجتهدى الأمة وكأننا نخلع من هؤلاء سلطة تصدر نوعاً من القانون الكنسي (كما تزعم الكنيسة). لقد انقطع التشريع بوفاة الرسول وتوقف مصدره الرباني عن الزوال وانحصرت أحكامه في الكتاب والحديث، ولو أننا أخذنا بهما — كما قال الرسول ﷺ — فإسا لن يصل أبداً.

إن القول بأن الإجماع مصدر للشرعية يعني أن علماء المسلمين ورثوا سلطة التشريع بعد وفاة الرسول. وهذا قول نادى الخطأ ولا يمكن لمسلم أن يقبله. ومادام أن الإجماع ليس مصدراً فإنه يصبح دليلاً وهو كدليل يستحيل أن يتحقق على سبيل البقين ولذا لا يبقى فيه إلا أن نلحقه بالاجتهاد فيكون اجتهداً جماعياً.

والرأي عندى — بعد ماقدست — أن اتفاق أكثر الفقهاء يخوز أن يكون حجة بوصفه اجتهداً جماعياً ولكنه ليس إجماعاً. إما الإجماع في فهمى فهو فهم إجماع الأمة أو الجماعة وعندئذ يدخل في حكم العرف أو العادة على نحو ما أوضحه في حينه.

إن اعتراضى على مدرك الإجماع بالمفهوم التقليدى لا يصيب أساساً على إمكانية حصوله أو تعذر ذلك لأن هذا اعتراض واقعى، وإما الذى يستهمنى في القضية هى الحججة التى يرتبها الفقه الكلاسى على الإجماع إلى حد أن بعض الآراء استنط فرعم أنه يمكن أن ينسخ حكماً في الكتاب أو السنة وأن حججته لا تحتاج إلى دليل. والذى نفسى بيده إن هذا القول باطل فما كان لقبول بشر — بل والناس جميعاً ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً — أن يعارض حكماً أنزله العلى القدير في كتابه الكريم أو على لسان نبيه الأمين. وكل ماقد يكون للإجماع من قدر يصح أن يتميز به عن اجتهد الآحاد هى القيمة الأدية التى يتمتع بها رأى الأغلبية — أو حتى الكل — بالقياس إلى اجتهد الآحاد.

إن الإجماع — على فرض حصوله وهو فرض نظرى تحت في رأيى — لا يمكن أن يرق إلى مرتبة للمصدر لأنه اجتهد ستر. فكيف نعته بالحجة البالغة

والله تعالى يقول « قل قلَّه الحجة البالغة » (الأنعام / ١٤٩) .

والواقع أن هذا الفرض إنما يصدر عن مسلمة خاطئة وهي أن علماء المسلمين إذا اجتمعوا على أمر فقد جمعوا الحقيقة العلمية التي لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها وينسى أن العليم هو الله ويغفل قوله عز من قائل « وما أوتيتم من العلم إلا قليلا » (الاسراء / ٨٥) .

ولذا نجد آيات تتحدى أن يكون الإجماع دائماً — من حيث هو إجماع — كاشفاً عن الرأي السليم . من ذلك قوله تعالى « نبئني بعلم إن كنتم صادقين » (الأنعام / ١٤٣) وقوله سبحانه « قل هل عندكم من علم فتخرجوه لنا » (الأنعام / ١٤٨) . فإن قيل إن الآيتين تخاطبان غير المؤمنين قلت إن الاستشهاد هنا هو بتحدى الإجماع البشري عن أن يصل إلى الحقيقة المؤكدة . وتاريخ الحضارات شاهد على أن علماء عصر من العصور قد يجمعون على رأي ثم يتضح بعد ذلك — في عصر تال — أنه رأى خاطيء .

ولذا فإني لا أجد حرجاً في القول بأن الأصوليين الذين ذهبوا إلى أن الإجماع مصدر ثالث للشرعية الإسلامية لعلمهم قد تأثروا في تكوين رأيهم بالفقه الروماني الذي ورد إليهم العلم به من ييزنطة . وأشير هنا إلى ما أسلفت عن امتياز الفتوى الذي منحه هادريان لفئة من الفقهاء ثم إننا لانستطيع أن ننكر أن الأصوليين قد تأثروا بالأعمال العقلية اليونانية إذ تم الاتصال الثقافي بين الحضارتين الإسلامية واليونانية عبر انتقال نتاجات اليونان على يد السريان فشاع الأخذ بالمنطق اليوناني وأساليبه .

ولو أن الإجماع كانت له هذه الحجية لما أغفل القرآن الكريم — وهو الذي لم يقرط في شيء — في تنبيه المسلمين . صراحة إلى ذلك حتى يكون الإجماع لهم هداية بعد انقطاع الوحي ولما ضمن عليهم بهذه المنة حتى تبقى لله على عباده الحجة . ولما كان القرآن الكريم صريحاً في أن الحجة تثبت بإرسال الرسل وليس بإجماع العلماء « وما كنا معذيين حتى نبعث رسولاً » (الاسراء / ١٥) .

المبحث الثالث

فى

أدلة قانون السلام الإسلامى

فرع تهيدى

تعداد الادلة :

يختلف فقهاء الشريعة حول أدلة الشريعة الإسلامية حلقاً كبيراً . ولما كنت لا أنتوى أن اقحم هذه الدراسة فى معميات أصول الفقه لأنى ماقتصدت بها إلا عرساً عصرياً للنظرية الإسلامية فى السلام فإنى أبداً مناقشة عاجلة لما يقول به فقهاء القانون الدولى الوضعى بعبه المقارنة . وكما أنى بعدت بالبحث عن حذل علساء الأصول فى أنى أبعد به كذلك قدر الإمكان عن ماحرة فقهاء القانون الدولى ولداً أخذ من المادة / ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية — التى تحدد للمحكمة الدولية أدلة القانون التى تطلقها — هادياً وأساساً للمعاينة .

تنقسم المادة ٣٨ الأدلة إلى قسمين رئيسيين . قسم يتضمن الأدلة الأصلية ، رعى المعاهدات والعرف والمبادئ العامة . وقسم يحتوى الأدلة الثانوية وهى أقوال كبار الفقهاء وأحكام القضاء .

والرأى عندى أن النظرية الإسلامية قلبت هذه التقسمة رأساً على عقب فما تعدد مادة نظام المحكمة أدلة ثانوية يعتبر فى النظرية الإسلامية أدلة رئيسية بل لعله أهم الأدلة الرئيسة فى مفهوم النظرية الإسلامية . ذلك أن استنباط الأحكام فى النظرية الإسلامية هو أصلاً من صاعة الفقهاء والقضاء . ولذا فإن الكلام عن الأدلة إنما يبدأ بمناقشة الفقه ودوره فى صياغة الأحكام . ولما كانت الأدلة التى جاءت بها المادة ٣٨ السالفة تندج جميعاً — كما أئين بعد قليل — تحت مفهوم الاجتهاد ولا يشذ عن ذلك عندى إلا دليل واحد هو أمسته المادة « المبادئ العامة » التى تقرها الدول المتمدينة فى أنى أرى أن اعرض لهذا الدليل بكلمة لرى ما إذا كان لمفهومه الزمنى المعاصر معنى يختلف عن مفهومه فى النظرية الإسلامية .

المبادئ العامة في الفكرين العربي والإسلامي :

والحق أن اعتماد المبادئ العامة للقانون أصلاً شرعياً ومقبولاً يثير خلافاً في القانون الدولي المعاصر ولكني كما قدمت أوجزه هنا لأحصر نفسي في شرح مفهومى للتعبير كما جاء في نظام محكمة العدل الدولية أساساً للمقارنة .
المبادئ العامة :

أول ما يتبادر إلى الذهن عند شرح مدلول « المبادئ العامة » . هو أن هذه المبادئ هي أصلاً المبادئ الجوهرية في القوانين الداخلية للدول والتي لقيت فملاً عاماً في كل دولة على حدة ومن ثم فإن اعتبارها - بهذه الترتيب - قاعدة من قواعد القانون الدولي يبدو أمراً مبرراً . وهذا هو الفهم الغالب على النشطاء الدوليين .

وتقابل هذه النظرة نظراً آخرى ترى في المبادئ العامة قانوناً مستقلاً لا يرتب جميعاً قانوناً بين الدول كمثل بوصف أن كلا من القانونين سر انعكاس للآخر . فأصحاب هذا الاتجاه يعتبرون أن المبادئ العامة عبارة عن مسلمات تنكس من عدد من القواعد التي لا عسى للنظام القانوني عنها ، وتلك الضرورة هي مبرر وجودها . إن المبادئ العامة عند أصحاب هذا الرأي تنبع من الضمير العالمي إذ تعترف بها جميع الدول بطريقة ثابتة وأساسية . على أنه لا يكفى في ذلك اعتراف غالبية الدول بالمدأ أو حتى اعترافها جميعاً به بل يشترط أن يكون هذا المبدأ صالحاً بطبيعته لأن يطبق على الجماعة الدولية مثل مبدأ الإثراء غير المشروع . وهذه نظره لا تخلو من وجهة بيد أنها تتسم بحصانة تحكمية لأنها تقصر عن تزويدنا بطرائق مقبولة نستشف منها تلك المسلمات .

أما أنا فأرى أن نقطة الانطلاق في فهم مدلول الاصطلاح هي التفرقة بين المبدأ والقاعدة ، ذلك أن المدأ هو الكل أو التصور العام المجرد للفكرة أما القاعدة فهي التطبيق التفصيلي لهذا التصور المجرد ، وهذا ما نقرأه في قوانين

اللغة العربية بل واللغات الأحسية في شرح لنظرة « المبدأ » فهي تجمع على أن المبدأ هو بمعنى الأصل والمصدر والتصور العام للسلوك . والمثل يوضح ما أقول — يتكلم الفقهاء عن حسن النية في العلاقات القانونية ولكن حسن النية هذا مبدأ لأنه يعبر عن فكرة عامة مجردة ، أما الحكم الذي يقرر بطلان تصرف شاه غبن بنسبة معينة فهو قاعدة لأنها تطبيق محدد للعلامات للمبدأ العام الذي يقضى برعاية محسن النية في المعاملات . ومن ثم فإن المادة عندما تتكلم عن المبادئ العامة إنما تقصد التصورات القانونية العامة المجردة وليس التطبيقات التفصيلية لتلك الأفكار . فإذا أضفت إلى ذلك حقيقة أخرى وهي أن فلسفة القانون في معناه الشامل إنما تنسب على مدركات واحدة وأن التطبيقات — في الفروع المختلفة للقانون — هي التي تختلف في الشرح والتفصيل فإن مؤدى ذلك أن المبادئ الجوهرية في مدرك القانون لا بد أن تكون متماثلة بالنسبة لكافة النظم القانونية ، فلا يتصور مثلاً أن أى نظام قانوني مهما كانت فلسفته يمكن أن يجعل من سوء النية مبدأ يحترم أو أن يرتب حقاً يتمسك به سبب النية ذلك أن حسن النية هو من المبادئ الجوهرية التي لا يمكن أن يكرها أى نظام قانوني ، ولكن تطبيقات هذا المبدأ العام قد تختلف من نظام لآخر بل ومن فرع في القانون لفرع آخر .

أما الأمر هو ما قدمت فإن المبادئ العامة التي تتكلم عنها المادة ٣٨ تكون عبارة عن تصورات قانونية عامة مجردة تشترك فيها نظم القانون المختلفة لأنها هي الدعامة الجوهرية اللازمة لتكامل البناء القانوني أياً كان من حيث أن هذه المبادئ إنما تستمد في الحقيقة من ضمير الشعوب . بيد أن هذا القول يحتاج إلى شيء من التحديد . ذلك أننا إذا اتفقنا على أن مقصود المادة هو ما أسلفت فإن هذا يتطلب معياراً لتحديد أى المبادئ العامة هي التي تختار ، ذلك أن المبادئ العامة التي تصلح للفكر القانوني تتعدد وقد تختلف بين زمان وزمان فالرق مثلاً كان أحد المبادئ العامة للفكر القانوني القديم ومن ثم كان من المقبول أن نشهد أحكاماً قانونية تنظم الوضع القانوني للأرقاء أما اليوم وقد اختفى الرق من البناء القانوني فقد اختفى المبدأ الذي يميز الاسترقاق واختفت

معه القواعد التي تفصله . وها تقول المادة / ٣٨ إن المبدأ لا ينتقل إلى العلاقات الدولية إلا إذا انتقته الدول المتمدينة وارتضته لأداء ذلك الدور . وهذا المعيار هو الذى قصدت إليه المادة عندما قيدت المبادئ العامة بأن تكون هى تلك التى أقرتها الدول المتمدينة . وإذن فإقرار الدول المتمدينة هى وسيلة اختيار أى المبادئ هى التى تطبق وليس أداة لخلق تلك المبادئ لأن المبادئ العامة قانون طبيعى تستهديه الإرادة الشارعة . وقد رويت اقوال شبيهة عن الشافعى وابن حبل ، وما جاء اختلاف الفقهاء إلا نتيجة منطقية لحرية الرأى والاجتهاد .

إن تصور المبادئ العامة على النحو الذى اسلفت يخرجها عن أن تكون دليلاً ويرتفع بها إلى مستوى المصدر فهى الحكمة الحاكمة على النظم القانونية والسنن الإلهية التى يتعرف عليها العقل البشرى وحيأً أو اجتهاداً . وناحية الدليل فى تلك المبادئ العامة ، لا تتوافر إلا اذا توصل إليها العقل عن طريق الاجتهاد وعندئذ يكون دور العقل — أو الاجتهاد — هو فى استنباط تفاصيل وتطبيقات تلك المبادئ . وفى قول آخر فإن المبادئ العامة هى بمثابة النصوص الأصلية والاجتهاد هو فى التعرف على فروعها الفرعية . ولأمراء فى أن المبادئ العامة — بهذا المعنى — هى فى قانون السلام الإسلامى سنة الله فى شريعته الغراء مقابل ما استوحاه العقل البشرى من مدركات ثابتة فى القانون الدولى المعاصر . ولكن هل تصلح هذه المبادئ العامة — فى النظرية الإسلامية — لتحكم العلاقات الدولية ؟ .

قلت إن هذه المبادئ هى من سنن الله الطبيعية ومن ثم فإن من تلك المبادئ ما يحكم أو يصلح لأن يحكم علاقات الدول الإسلامية بعضها البعض الآخر لأن سنة هذه الدول هى سنة الله وتبعاً فهى جميعاً تدين فى علاقاتها بالطاعة لتلك السنن الإلهية . وإذن فالدول الإسلامية تحكمها — حيال بعضها البعض — مبادئ عامة ليست من خلق إرادتها وإن جاز أن يكون لها دور فى صياغتها .

ولكن هل يمكن أن تكون هناك مبادئ عامة تحتضع عددها الدول الإسلامية وغير الإسلامية في علاقاتها ؟ يجب المسلم المتحمس بأن أحكام الديان تصلح لكل زمان ومكان ومن ثم فإن المبادئ العامة — وهي سمة الله — تصلح لأن تحكم العلاقات الدولية قاطبة ولو احتلقت عقائد الدول . بيد أن من يريد أن يافتس الأمر بمنطق زمني يقول مقالته أرسطو من أن ما يصدر عن الطبيعة واحد في كل مكان فالأمر تحرق في اليونان على النحو الذي تحرق به في فارس غير أن اليونان يستخدمونها والفرس يعبدونها . وعلى هذا فإن مكتبة اجتماع الدول — بغض النظر عن عقيدتها — حول مبدأ عام بذاته ليس أمراً مستحيلاً ولكن هذه المكتبة لا تتحقق إلا إذا أقرت الدول، التعامل بمقتضى ذلك المبدأ . وهذا أقول إن الذي يستعرض المبادئ العامة التي تقرها الدول، المنسديه اليوم ينتهي إلى تأكيد أن المبادئ العامة التي تنطوي، أو يمكن أن تنطوي عليها النظرة الإسلامية تصلح جميعها لهذه العلاقات الدولية أنا كانت عقيدة الدول صواب الدلالة وإلخ . قد يقال إن العكس غير صحيح نسبي أن النظرية الإسلامية لا يمكن أن تتقبل كافة المبادئ التي تقرها الدول غير الإسلامية ، وهذا قول لا اعترض عليه من الناحية النظرية ولكنني جاهدت نفسي في العثور على مدأ عام من المبادئ التي أقرتها أو تقرها الدول « المتعدنية » المعاصرة فلم أجدها فيها مبدأ يمكن أن ترنضه النظرية الإسلامية ، هذا إذا لم يغف عنا ما تقدمت من أن المبدأ المبدأ العام تصور عام مجرد . إن الذي يمكن أن تلفظه النظرية الإسلامية — في علاقاتها بالدول غير الإسلامية — هو بعض تطبيقات أو تفصيلات المبدأ العام وليس المبدأ العام في ذاته . وأضرب لذلك مثلاً بالمبدأ العام الذي قضى بإقرار المساواة بين الرجل والمرأة . إن هذا المبدأ عدى هو من المبادئ التي يقرها كل من القانون الدولي وقانون السلام الإسلامي غير أن تفاصيل المساواة قد تختلف في بعض الجزئيات بين النظرية الإسلامية والنظرية الرمنية المعاصرة . كذلك الأمر في مبدأ الحد الأدنى في معاملة الاحانب فالنظرية الإسلامية — في رأيي — تقر هذا المبدأ إلا أن مفهوم الحد الأدنى — وهو أيضاً محل خلاف بين الدول المعاصرة — قد يكون له معنى في النظرية الإسلامية لا يتفق مع نظرة عدد من

دول الجماعة الدولية . وهكذا أحلص إلى أن النظرية الإسلامية والنظرية الدولية المعاصرة يلتقيان عند المبادئ العامة التي تصدر عنها أحكام وقواعد كل من نظرتين ولا يتور الخلاف بينهما إلا حول تفاصيل التطبيق ، وهو خلاف لا يفسد للود قضية بل إنه اليوم هو العادة الجارية في العلاقات الدولية . والمنصف المدقق لا بد أن ينتهي إلى أن المجال ليس محال توافق فحسب بل إن من المبادئ ما سبقت به النظرية الإسلامية فضلاً على ما في جملة النظرية الإسلامية من كنوز مدخرة يمكن أن تكون هدية هادية ونخبة غالية للعمل الدولي المعاصر .

صور الاجتهاد :

قلت إن م ٣٠٨ من نظام محكمة العدل الدولية تخونى على قسمين من الأدلة : أدلة أصلية هي المعاهدات والعرف والمبادئ العامة ، وأدلة ثانوية هي أقوال الفقهاء وأحكام القضاة .

والنظرية المدققة لتلك الأدلة تنتهي إلى مايلي :

١ — المعاهدات — بمعنى التشريع الدولي ، والعرف كقانون دولي ، هما دليلان على الإرادة الدولية الشارعة الأصلية ، وهي إرادة الدول وغيرها من أشخاص القانون الدولي — التي تملك سن القوانين الدولية . أما النظرية الإسلامية فتعتبر أن المعاهدة دليل على إرادة شرعية ثابتة أو مستمدة ، لأن الإرادة الشارعة الأصلية في النظرية الإسلامية — كما أفصل في موقعه من هذه الدراسة — هي لله تعالى . أما العرف فليس دليلاً كما أبين .

٢ — الفقه والقضاء دليلان ثانويان في حين أنهما في الشريعة الإسلامية يعدان دليلين رئيسين عليهما بنيت النظرية الإسلامية وبهما استقامت مفاهيمها .

لقد أسلفنا أن النظرية الإسلامية قلبت هذه التقسمة رأساً على عقب فما تعده مادة نظام المحكمة أدلة ثانوية يعتبر في النظرية الإسلامية أدلة رئيسة بل

لعله أهم الأدلة الرئيسة في مفهوم النظرية الإسلامية ، ذلك أن استنباط الأحكام في النظرية الإسلامية هو أصلاً من صناعة الفقهاء والقضاء . ولذا فإن الكلام عن الأدلة إنما يبدأ عادة بمناقشة الاجتهاد ودوره في صياغة الأحكام .

إن للاجتهاد في النظرية الإسلامية عدة صور هي التي تتفرع إليها أدلة القانون المختلفة وخجتي في قول هذا هي الآية الكريمة : « وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ولو ردوه إلى الرسول وإلى أئمة الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » (النساء / ٨٣) .

إن الآية صريحة في أن الاستنباط هو دليل معرفة الاحكام ، وفي قول آخر فإن الآية تجمع كافة أدلة الاحكام في دليل واحد هو الاستنباط : والاستنباط هو الاجتهاد . ومن ثم فإن ولي الأمر في أى موقع كان ليس أمامه — ان أراد أن يستدل على حكم ما في أمر من الأمن أو الخوف — أى في مختلف نواحي السياسة الشرعية — أن يتحرى الاستنباط أو الاجتهاد ليتعرف على ذلك الحكم . ولذا أعود فأقول إن الاجتهاد هو الدليل الأوحى على الاحكام في نظرية الإسلام . وأن الأوصاف المختلفة للأدلة إن هي إلا تفرعات عن الأصل وتقسيمات للكل .

فإذا كان المجتهد فقيها فهو اجتهاد فقهي وإن كان حاكماً فهو اجتهاد سلطاني وإن كان قاضياً فهو اجتهاد قضائي وإن كان سلوك الأمة فهو ليس باجتهاد وإنما هو العرف . وهكذا فإننا اقابل أدلة م ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية بما يعادلها في النظرية الإسلامية — حسب رأيي الذي اسلفت بإيجازه — على النحو التالي :

١ — المعاهدات ، هي الاجتهاد السلطاني ، بيد أن البعض يدخل في الاجتهاد السلطاني التشريعات القانونية والقرارات الحكومية وهذه هي في تقديرى أدلة تخرج عن دائرة القانون الدولى وتعلق بأحكام القانون الداخلى .

٢ — أحكام القضاء ، وهي الاجتهاد القضائي .

٣ - آراء كبار الفقهاء ، وهي الاجتهاد الفقهي .

أما العرف فدلّيل يسترشد به الفقيه للوصول إلى حكم ملائص فيه من المسائل ، ويتوصل به إلى فهم المراد من النصوص والفاظ المتعاقدين ، ويستعين به لتحصيل عموم بعض العبارات وتقييد المطلق منها ، ويجعله حكماً فصلاً في بعض الحالات لقبول أقوال أحد المتخاصمين عند انعدام البينة لدى أى منهما ، ويستند إليه في رفض بعض الدعاوى ، وفي اعتثار بعض الشروط التي تبني عليه . وقد احتكم إليه فقهاء المذاهب جميعاً بين موسع ومضيق (نظام الدين عبد الحميد - المرجع السابق ، ص ١٤٢ - ١٤٣) ، ولذا فإن أحرجه من مدلول الآية الكريمة لأنه ليس استبطاً وإنما اتفاق على مصلحة عامة أثبتت الأحداث وحسن العلاقات - حاجة الناس إليها وسلامة تعاملهم على أساسها وهو أقرب مايكون إلى الأدلة الثانوية في مفهوم م ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية .

وأريد هنا وقد استحدثت لفظة « رأى » أن ادفع شبهة قد تتور لأر علماء الأصول يفهمون الرأي على أنه القياس بأوسع معانيه وهم بهذا المعنى يسمون أهل العراق بأهل الرأي وأكثر أهل الخجاز بأهل الحديث (الحضري - تاريخ التشريع الإسلامي ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية - مصر ، ١٣٩٩ ، ص ١٣٦) . هكذا تكونت لأول مرة بعد الصحابة فرقتان : أهل الرأي وأهل الحديث ، ويتكوّنهما على تلك الأسس تكونت أسباب النزاع فيما بينهما . ولكي لست من أنصار هذه التفرقة فالرأي في مذهبي هو الرأي كما كان عند الصحابة ، أي الحكم بناء على القواعد العامة للشريعة . والحق أن الاجتهاد والرأي والعقل عندي كلها مترادفات في هذه الدراسة وإن كان الاجتهاد من حيث هو أعلمها وأعمها .

ولما كانت المعاهدات وأحكام القضاء وآراء كبار الفقهاء هي اجتهاد المتخصصين - على خلاف العرف الذي هو سلوك يصدر عن ضمير الأمة ورأى تتفق عليه جماعة المسلمين - فإن الاجتهاد في صورته جميعاً - عدلاً

العرف — يحتاج إلى مجتهد أو جماعة من المجتهدين . ولا بد للمرء كى يقتعد مقعد المجتهدين من أن تتوافر فيه صفات معينة وأن تكتمل عنده متطلبات لازمة — والحق أننى أدرجت العرف ضمن أدلة الأحكام لأننى — كما قدمت — أعارض القول بأن الإجماع مصدر من مصادر قانون السلام الإسلامى ، ومن ثم فإننى أستعرض بعد قليل كلا من الاجتهاد الفقهي والقضائى وكذا العرف . ثم أناقش الاجتهاد السلطانى فى باب تال .

ويطيب لى أن أثير هنا إلى أن صور الاجتهاد تلك تختلف أساسا من حيث الشروط التى تتطلبها فى المجتهد كما أنها تختلف من حيث قوة الإلزام التى تضى على كل منها ، وهذا ما أزيده توضيحا عند مناقشة كل صورة على حدة .

خود على بدء .

لعل من المناسب في هذا المقام أن أتناول بعض المصطلحات ذات الصلة بشيء من البيان التاريخي .

دلت أن لفظة « فقه » لم تكن تعني في فجر الدراسات الإسلامية معناها الشامل الذي نفهمها به اليوم ، فقد كانت تقتصر على الرأي فحسب أما حفظ القرآن ورواية الحديث وما أثر عن صحابة الرسول فكان يعرف بمسمى « العلم » . ولذا استخدم البعض الفقه والرأي على أنهما صنوان كما استخدموا الرواية والعلم على أنهما عديلان . فإذا اجتمع الفقه والعلم في شخص فإيه — كما قال مجاهد — يكون قد أوتي الحكمة .

ومن ثم فإن الفقيه كان غير العالم فهناك أهل الفقه وهناك أهل العلم . فإس عمر متلاً كان يعتبر جيد الحديث ولكنه لم يكن جيد الفقه ، أما ابن عباس فكان فقيهاً وعالمًا .

وقد لقي الفقه — بمعنى الرأي — معارضة لدودة من نريق كان شعاره « لا تقاعد من يقولون رأيت رأيت » . وحتهم في ذلك فهمهم الخاص لقوله تعالى « ما فرطاً في الكتاب من شيء » (الأنعام / ٣٨) .

وقد سئل عطاء بن رباح في قضية كان يقضي فيها : أهو علم أم رأي . وبدهي في مفاهيم كهذه ألا نلجأ إلى الرأي إلا إذا لم يكن هناك علم . وفي تقديري أن مدرك الإجماع — الذي كان محل نقدي في صفحات سالمة — بدأ أول ما بدأ على أنه إجماع علم وليس إجماع رأي . فإن صح هذا التقدير فإنه يوضح لم قال به السابقون .

ولعل أول فقيه ممن لهم قدرهم استطاع أن يوفق بين العلم والرأي وأن يوجد وشائج تجمع بين الفكرتين هو الشافعي في كتابه المعروف « الرسالة » .

وقد تحررت لفظة « الفقه » مع مرور الزمن من القيود التي تحد من معناها

وأصبحت تعنى العلم الذى ينصرف إلى كافة المعرفة المستمدة من القرآن الكريم والحديث الشريف .

وكانت للفقهاء بهذا المعنى مراكز تصدرها المدينة المورة والعراق وسوريا ثم جاءت مصر بعد ذلك . وأقدم كتابات الفقه الشيعى مانقل عن زيد بن على ، وأقدم كتابات السنة موطأ مالك فى المدينة وفقه الأوزاعى فى سوريا وحماد بن سليمان — استاذ أبى حنيفة — فى العراق .

وقد تجمعت الدراسات الإسلامية فى القرن الثالث الهجرى فى فرعين رئيسيين هما : علم أصول الفقه ، وعلم فروع الفقه الذى تمثل فى المدارس — أو المذاهب — الفقهية المختلفة . وتختلف دراسات الفروع فى الجزئيات ولكنها تتفق فى الرئيسيات . ولعل أهم ما بين فقه الشيعة والفقه السنة من خلاف يتمثل فى الموضوعات التالية : الخلافة والزواج والأذان والأعياد .

وأوسع المذاهب انتشارا هو المذهب الحنفى الذى كان مذهب الدولة العثمانية فسار معها فى ركاب فتوحاتها ، وهو المذهب الغالب الآن فى آسيا الوسطى والهند . أما الشافعى فمعظم أنصاره فى مصر وجنوب شبه الجزيرة العربية واندونيسيا وشرق أفريقيا وسوريا . ولما لك أصحابه فى المغرب العربى وصعيد مصر وغرب أفريقيا . ويكاد ينحصر الفقه الحنبلى فى قلب شبه الجزيرة العربية وسدنته هم الوهابيون فى المملكة العربية السعودية .

الفرع الأول في الاجتهاد الفقهي

الاجتهاد : كلمة عامه

الاجتهاد : هو العمل الجهد والوسع في أمر من الأمور الشرعية
الاصحاح الثاني : في الاجتهاد الفقهي - هو استنباط دليل الجهد والوسع في العمل
طلب الأحكام الشرعية من ادراكها الفهمية والاعتقادية من ادراكها العقلية
إن اللغة هو المصطلح وأن الاجتهاد هو البذل الذي يحققه الفقيه في استنباط
وجهاً لعملة واحدة وإذا قلنا إن الاجتهاد الفقهي هو ما ذكره من الاجتهاد
في ميدان الفقهاء كالدليل على صحة الأحكام الشرعية والاعتقادية
علماء الأصول - الحديث في دار بين الزمخشري رحمه الله تعالى
عدد اثنين واليا على أبيه فقَالَ الرسول بما يقتضيه إذا تم من الاجتهاد
قال : أنصت بكتاب الله عز وجل ، قال : نأمر لم نجد في كتاب الله قال : فبعد
رسول الله ﷺ قال يا أيها محمد في هذه رسول الله ولا في كتاب الله ؟ قال :
أجتهد رأيي ولا ألو ، فتعرب رسول الله على صدره وقال : الحمد لله الذي
ولق رسول رسول الله لما يرضى الله ، والفقهاء من حيث هو اجتهاد - أي
نشاط عقلي - تبرره عدة آيات قرآنية تدعو الفرد إلى أن يتخذ من عقله وسيلة
للحكم على الأشياء . صحيح أن القرآن يجعل الوحي فوق العقل كمصدر
لصياغة القواعد القانونية لكنه يقر باستقلال الاجتهاد في الوصول إلى
الأحكام . قال تعالى في محكم كتابه « وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف
أذاعوا بدونه إلى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لعلم الذين يضبطونه
منهم ولولا فضل الله عليكم ورحمته لا نبعث الشيطان إلا قليلا » (النساء /
٨٣) ، ومن هنا كان الاستنباط - حتى في عهد الرسول - ذليلاً اجتهادياً إذ

لم يكن ميسرا أن يستشار الرسول في كل مشكلة لاسيما بعد أن اتسعت رقعة الإسلام . ، وقد اجتهد الصحابة في زمن النبي في كثير من الأحكام ولم يهملهم الرسول من ذلك أنه أمرهم يوم الاحزاب ان يصلوا العصر في بني قريظة ، فاجتهد بعضهم وصلاها في الطريق وقال : لم يرد منا التأخير وإنما أراد سرعة الهوض ، فنظروا إلى المعنى . واجتهد آخرون فظفروا اللفظ وأحروها إلى بني قريظة فصلوها ليلا ، وهؤلاء سلف أهل الظاهر ، وأولئك سلف أصحاب المعاني والقياس (ابن قيم الجوزية — أعلام الموقعين عن رب العالمين ، مصر ، المطبعة الميرية) ، ج ١ ، ص ٢٤٤ — ٢٤٥) . وقد بدأ الاجتهاد فرديا منفردا بممارسه من توفر لديه العلم الكافي ثم قامت المذاهب في القرن الثاني الهجري وبقي لنا منها على المشهور أربعة رئيسة هي الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي ، وكل نسب إلى مؤسسه . ولا زالت تلك المذاهب رائدة إلى يومنا هذا في مختلف بقاع العالم الإسلامي السني ، أما معظم المذاهب الفردية فقد انقرضت ولم يكتب لها البقاء إلى جانب مذاهب الشيعة التي تسيطر على جانب من العالم الإسلامي وفي مقدمتها المذهب الجعفري وفيه من النواحي الفكرية ما يستأهل عقد المقارنة بينه وبين المذاهب السنية . ولكن الازدهار الفقهي لم يلبث أن خفه الخسوف فأدى ذلك — منذ أوائل القرن الرابع الهجري — إلى شبه اجماع ضمى بين فقهاء أهل السنة على سد باب الاجتهاد والاكتفاء بالمذاهب الأربعة المعروفة . وكانت نتيجة ذلك تفشي التقليد وقيام البدع المثبتة على الوهم واجهل كالطرق التي نسبت أو تسترت بالصوفية وتمسك المقلدون بالأمر الشكلي التافهة وحرموا الأخذ بكل جديد حتى أن بعضهم أفتى بتحريم تعلم اللغات الأجنبية أو الأكل بالمعلقة وكأنهم يريدون للمسلمين أن يتخلف ركبتهم وأن يوقفوا سنة التطور ويعطلوا عجلة التقدم . وارتفعوا بالمذاهب إلى مرتبة تقترب من التقديس وكأن أقوال فقائها معصومة عن الخطأ وجعلوا المذهب لصيقا بتابعه لا يجوز له أن يبدله أو يغيره ولا أن ينتقى ما يقتنع به عقله من كل مذهب ، مع أن المذاهب اعترفت حيال بعضها البعض بسلامة اجتهاد كل مذهب حتى فيما اختلفت فيه من فتاوى وآراء . ثم إن الارتفاع

بتقويم الاجتهاد إلى مرتبة الشريعة لا يتسق مع المبدأ الإسلامى الذى يمحصر الطاعة المطلقة فى الله ورسوله « يأيا الذين آمنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » (النساء / ٥٩) . فالآية استبعدت عمدا أولى الأمر عندما يتنازع المسلمون أمرهم وحصرت الحكم عندئذ فى الله ورسوله ، ذلك أن النزاع قد يثور بين أولى الأمر والجمهور ومن ثم فإن الحكمين هما الله ورسوله فحسب. بيد أن قفل باب الاجتهاد لم يحرم الإسلام على فترات غير متباعدة من بعض العلماء المجتهدين .

ولذا يذكر المرء بكثير من ارتياح النفس القرار الذى صدر عن مؤتمر علماء المسلمين — الذى عقد فى القاهرة (مارس — ابريل سنة ١٩٦٢) — والذى أقر فتح باب الاجتهاد وإن كان قد اشترط لذلك ألا يمارس منفردا وإنما جماعيا وفيما لا نجد فيه جوابا عند المذاهب الأربعة — وعلى الرغم من التحفظ الذى تعثر فيه القرار فإنه لاشك علامة على طريق الصلاح ذلك أن القانون الإسلامى هو فى الحقيقة من صناعة الفقه الذى يستند إلى آراء كبار العلماء ومصادر عنهم من فتاوى فى الشؤون القانونية . كذلك أكدت الخطة الشاملة التى تتناول الثقافة العربية بين المهد واللحد « أن التعارض بين العقل والقل مشكلة رائفة وغير ذات أساس فى الدين وأن تلك المشكلة نجمت وتوطدت فى الماضى ضمن ظروف فكرية انتهت الآن وانتهى دورها (ص ٧٢) تم تدعو الخطة لفتح باب الاجتهاد فتقول « إن نشأة فقه اسلامى معاصر اصبحت من الضرورات الملحة فى الثقافة العربية الإسلامية » . وعلى هذا — كما تقول الخطة — فإن التأكيد على فتح باب الاجتهاد والتشجيع على ممارسة اعفاء للتطبيق اليومى للحكام الشرعية وتيسير لنشأة فقه اسلامى معاصر من شأنه أن يساعد فيما تسعى إليه المجتمعات العربية من جعل الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع فيها (ص ٦٨) . وفى هذا المجال أوضحت الخطة أنه فيما عدا أحكام القرآن والسنة فإن المبدأ الشرعى فى الإسلام هو أن العقل أداة الاجتهاد وأن استخدامه فى مجال الأمور الدينية ليس واجبا فكريا فحسب ولكنه يتجاوز ذلك ليكون أمرا إليها

(٧١٣) « إنما يفتن سراج منير » من تيسبه « صحيح المعقول » في الشرع الإسلامي موافق دائما لتسريح المعقول ». وقد فصل الشوكاني وأمثاله أدلة « وجوب الاجتهاد بصورة متوسعة ».

والحق أن النهضة الفكرية الشرعية العصرية بدأت في القرنين السابع والثامن للهجرة ومن أشهر من قام بها الفقيه الغرناطي ابراهيم بن مرسى اللخمي المعروف بالإمام ابن اسحق الشاطبي، ولا ننسى هنا مقاله أئمة المذاهب الأربعة . قال ابو حنيفة وأبو يوسف « لا يخل لأحد أن يقول بقولنا حتى يعلم من أين فلان ». وقال مالك « إنما أبا شر أخطىء وأصيب فانظروا في رأيي كل ماوافق الكتاب والسنة فخذوا به وما لم يوافق الكتاب والسنة فاتركوه » ولهذا نهى أبا جعفر المنصور والرشد عن أن يحملوا الناس على المذهب المالكي .

اعرِد بعد ذلك إلى شروط الاجتهاد فاقول إن علماء الأصول قد حرت عاداتهم ، ان يتكلموا عن شروط الاجتهاد عند الكلام على الاجتهاد الفقهي . ولكي أرى أن شروط الاجتهاد شرط عامة لابد أن تتوفر فيمن يتعرض للاجتهاد أيا كانت صورة الاجتهاد الذي يمارس — أي سواء أكان اجتهادا فقهيا أم سلطانيا أم قضائيا ، وإن صح أن تصاف إليها شروط أخرى بالنسبة لكل صورة على حدة . ولذا فإنني أوحز فيما يلي الشروط العامة المشتركة للاجتهاد وأنقي الكلام عن الشروط الإضافية الخاصة بكل صورة من صور الاجتهاد عند الكلام على تلك الصور منفردة .

شروط الاجتهاد :

لما كان الاجتهاد فقها هو أن يبذل الفقيه غاية طاقته ويستقصى وسعه في استخراج الأحكام الشرعية من أدلتها ، وإن كان لا يشترط لتوافر الاجتهاد أن يدرك المجتهد الحق أو أن يصل إلى نتيجة مادام أنه بذل غاية جهده . والمجتهدون فئتان رئيستان ، وفي كل فئة مراتب . أما الفئة الأولى فهم المجتهدون المستقلون ، وهم أصحاب الاجتهاد الأصل فهم لا يتبنون رأيا إلا بما يستبطلون ولا ينتسبون لفقيه وإنما لما يرتأون ، مثل أئمة المذاهب الأربعة .

ولما كان هؤلاء لا يصلون إلى هذه المربة إلا إذا بلغوا درجة فقهية لا يصل إليها إلا من أحاط علما بالأصول والمقاصد وتوفرت لديهم ملكة فقهية ينفذون بها في كل مسائل الشريعة فإنه يشترط في هؤلاء شروط هي :

أ - العلم باللغة العربية :

وقد حدد الغزالي القدر الذي يجب معرفته من العربية فقال « إنه القدر الذي يفهم به خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال حتى غير صريح الكلام وطاهره ومجمله وعامه وخاصه ومحكمه ومتشابه ومطلقه ومقيده ونصه وفحواده ، هذا لا يجعل إلا لمن بلغ في اللغة العربية درجة الاجتهاد . أى أن الغزالي يشترط في المجتهد المستقل أن يكون بحرا في اللغة عالما بدقائقها وذلك أمر يتعذر إن لم يستحل محلته إذ ليس بمقدور المجتهد أن يستوعب كل مفردات اللغة وأساليبها . وإنما تكون قدرة المجتهد على قدر فهمه لأسرار اللسان العربى : ولذا فإن الشاطبى يرتب المجتهدين تحسب قدرتهم على فهم الكلام فيقول « وإذا فرضا مبتدئا في فهم العربية فهو مبتدىء في الشريعة ، أو متوسط فهو متوسط في فهم الشريعة ، والمتوسط لم يبلغ درجة النهاية ، فإذا انتهى إلى الغاية في العربية كان كذلك في الشريعة فكان فهمه حجة ، كما كان فهم الصحابة وغيرهم من الفصحاء اللذين فهموا القرآن حجة ، ولو كان قوله مقبولا » . وقول الشاطبى - ومن على شاكلته - قول لا تنقصه الوجاهة ولكنه ينبعث عن فكر يحصر الاجتهاد في محيط الوطن العربى ولذا فإننا يجب أن نأخذ بهرحلة صدر ومرونة فكر لأن عدد المسلمين الذين لا يتكلمون العربية اليوم أضعاف عدد من يتكلم منهم العربية . حقيقى ان اللسان العربى لسان مبين ولسان اولئك اعجمى ولكن هؤلاء لهم مصالحهم المرسلة وما يستحسنون ولا بد ان يكون لفقهاءهم مجال في الاجتهاد لا يصادر ووضع لا ينكر .

ب - العلم بالقرآن الكريم ودقائق آيات الاحكام :

ولذا يشترط الشافعى وأكثر أهل العلم أن يحفظ المجتهد القرآن كله حتى يضبط معانيه . ولكن هذا الاشتراط فيه بعض المبالغة ، ذلك أن المجتهد تتوفر له

القدرة على الاجتهاد إذا ما أدام النظر في القرآن ولو لم يحفظه . ومن ثم فانه يكفى — في الرأى الذى اركبه — أن يكون المجتهد عارفا بمواقع القرآن حتى يرجع إليه عند الحاجة ، وإن كان الأفضل — بلا مرا — أن يكون المجتهد حافظا للقرآن كله .

٣ — العلم بالحديث (بالسنة) :

يشترط علماء الأصول في المجتهد أن يكون عالما بالسنة سواء أكانت قولية أم فعلية أم تقريرية وأن يكون على بينة بأحكام الأحاديث ومتعمقا في دراستها . ولما كانت السنة التى يجب ان يكون المجتهد على علم بها هى السنة التى تتعلق بالأحكام ، فإنى اسميتها بالحديث ذلك أن قول الرسول ﷺ أو فعله أو تقريره لا يصبح حكما إلا إذا اقترن بكلام صدر عنه ، وعدئذ يكون القول هو النص في الحكم . ولذا قلت إن العلم هو العلم بالحديث وليس بالسنة ، والامر لا يحتاج إلى مزيد بيان بالنسبة للسنة القولية فالسنة القولية هى الحديث عند الفقهاء أما بالنسبة للسنة الفعلية فإن مجرد فعل الرسول لشيء لا يعنى حكما فيه ، فلو أن الرسول مثلا تطيب ولم يقل للناس تطيبوا فإن التطيب يصبح من قبيل الأسوة الحسنة بالرسول وليس حكما في امر الناس بالنسبة للتطيب ، كذلك الامر بالنسبة للسنة التقريرية فلو أن الرسول مثلا رأى قوما يأكلون طعاما معينا فسكت فإن سكوته لا يعتبر حكما في أكل هذا الطعام لأن السكوت يحتمل أكثر من معنى فلعله إجازة لأكل ذلك الطعام في الظروف التى نستهد بها ولعله إجازة لأكل هذا الطعام عموما ولعله لم يشأ أن يصدر حكما حتى يأتيه وحى في الأمر ، وهكذا . ولعل الخلاف بينى وبين الفقهاء في هذه النقطة مرجعه إلى المعنى المقصود من لفظة « حكم » ، ذلك أننى أفهم الحكم والأحكام في العلاقات القانونية على أنها المقتضى اللازم .

وقد اختلف الفقهاء في القدر الذى يجب أن يعيه المجتهد من تلك السنة فذهب بعضهم إلى أن ذلك يقدر بثلاثة آلاف حديث . وقال آخرون إن الأصول التى يلزم عليها العلم عن الرسول ﷺ هى ألف ومائتان ، ويرى ابن

القيم أنه الأصول التي تدور عليها الأحكام خمسائة حديث روى متصلة في أربعة آلاف حديث . ويدهى أن علم الاجتهاد باخديث كلما اتسع كلما أمن الرئال وه يترد في القياس في مورد النصوص ، وهكذا خد أن الفقهاء عندما يتكلمون عن العلم بالسنة إنما يقصدون اخديث كما أسلفت . ومن هنا كان شرطهم في العلم بالسنة وإنما يتوفر عن طريق العلم بعدد معين من الأحاديث وليس بالوقائع التي حصل فيها فعل أو تقرير دون حديث .

والذي ألاحظه على الفقهاء أنهم يترطون العلم بالسنة القولية والفعلية والتقريرية ولكهم يحددون المقدار المطلوب بعدد من السنة القولية فحسب وهو الحديث . واحتق أسي أرى أن السنة التقريرية والفعلية إذا لم تقترن خديث عن الرسول ﷺ فهي لا تكون من قيل الأحكام الملزمة وإنما تتخذ على سبيل الاستدعاء واستكمال الشخصية الإسلامية التهودجية .

٤ — معرفة القياس :

وذلك أمر يهم به من يقولون — مثل الشافعي — إن الاجتهاد هو العلم بوجه القياس وطرائقه ، ولكي سيق أن قدمت أن الاجتهاد هو الداليل والقياس هو الأسلوب وأن للاجتهاد أساليب أخرى إلى جانب القياس وكلياتها أساليب يجب أن يكون الاجتهاد على علم بها .

ولذا فإن معرفة القياس إنما تخدم الاجتهاد في جزء من اجتهاده فحسب . ويقتضى منهج القياس السليم عند الشافعي العلم بأمر ثلاثة :

- (١) الأصول من النصوص التي تبنى عليها والعلل التي قامت عليها أحكام تلك النصوص .
- (٢) قوانين القياس وضوابطه .
- (٣) المناهج التي سلكها السلف الصالح في التعرف على علل الأحكام .

٥ — فهم مقاصد الشريعة :

وذلك الشرط في نظري يغنى عن الشرط السابق — معرفة القياس — لأن

القياس — من حيث يعرف — هو وسيلة يتمنطق بها المجتهد لاستخراج الأحكام . وإذن فالقياس ومعرفة مقاصد الشريعة هما أداتان متكاملتان يستعين بهما المجتهد في تقصبه للأحكام من القرآن واحديث .

ومقاصد الشريعة السمحاء هي أساسا الرحمة بالعباد الأمر الذي اقتضى أن تقوم الحنيفية على التراحم . بيد أن الرحمة يجب ألا يساء فهمها لأن الشريعة الإسلامية ليست شريعة المثالية في الحياة الدنيا وإنما هي شريعة الواقعية .

وجلى أن شروط الاجتهاد فيها تشدد يجعل من الصعب أن تتوفر جميعها في شخص ما « فإن قيل هذه شروط لا تجتمع فكيف يجوز اشتراطها ؟ قلنا : ليس من شرطه أن يكون محيطا بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها وإنما يحتاج إلى أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب ، ولا أن يحيط بجميع الأخبار الواردة في هذا . وحكى أن مالكا سئل عن أربعين مسألة فقال في ست وثلاثين منها : لا أدري ولم يخرج ذلك عن كونه مجتهدا » (نقلا عن أنى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة — المغنى ، الجزء العاشر ، القاهرة ، ص ٣٩ ، تحقيق الشيخ محمود عبد الوهاب فايد) .

والنشة الثانية هم المجتهدون الذين يعتمدون في اجتهادهم على اجتهاد غيرهم ، أى أهم أصحاب اجتهاد غير مستقل ، وهؤلاء ثلاث مراتب :

أ — المجتهدون المتسبون :

وهم الذين اختاروا قول امامهم في الاصل وخالفوه في الفرع وإن انتهوا إلى آراء تقارب في عمومها ما وصل إليه الإمام .

والمجتهد المنتسب ليس مقلدا لإمامه وإن سلك مسلكه واستعان بمنطقه في تتبع الأدلة . وفتواه كفتوى إمامه في العمل بها .

ب — المجتهدون في المذهب :

وهم يتبعون امامهم فيما انتهى اليه من اجتهاد في الأصول والفروع

واجتهادهم إنما يكون استنباط الأحكام في الأمور التي لم يرد رأى للإمام فيها .
وقد يختلف هؤلاء مع سابقهم في بعض فروع المذهب لاختلاف العرف
الذى نيت عليه أحكام تلك الفروع ، ولكنه اختلاف زمان لا اختلاف دليل
وبرهان .

ج - المجتهدون المرجحون :

وحجهد هؤلاء هو الترجيح بين الآراء المروية بوسائل الترجيح التى اضطها
لهم علماء الطبقات السابقة . والحق أن حجهد الترجيح هذا لا يقل خطورة عن
استنباط أحكام الفروع التى لم يرد عن الأمام فيها رأى ولذا يذكرهم بعض
العلماء - مثل النووى - فى طقة واحدة مع المجتهدين فى المذهب .

ويذهب علماء الاصول إلى أنه لا يشترط فى هؤلاء المجتهدين ماأوردته من
شروط فى المجتهدين المستقلين إنما يكفى فى هؤلاء المجتهدين معرفة مايتعلق
بالحكم الذى يجتهدون فيه دون غيره . وأرى أن الشروط العامة للاجتهد لارمة
فى كافة طبقات وفئات المجتهدين مادام أن حجهد المجتهد - مستقلا كان أم غير
مستقل - يصرف إلى أحكام الشريعة فى عمومها ولاينحصر فى باب دون
باب . غير أنى لا أنظر إليها بالثبوت الذى يتطلبه بعض المترمين لأن مثل هذا
الترمت هو فى تقديرى قفل - بطريقة غير مباشرة - لباب الاجتهاد ولو أننا
طبقتاه بخلافه لسقط وصف المجتهد عن بعض الأئمة . فهذا ابو حنيفة لم تكن
مدرسته على علم كاف بالحديث ولذا سميت « مدرسة اصحاب الرأى » .
ولعل هذا هو الذى دفع بعض علماء الأصول إلى التواضع فى هذا الشرط
فاكتفوا بأحاديث الأصول وعددها خمسمائة حديث . كما أن فهم مقاصد
الشريعة على يقين هو فى علم الله وبيانه من أمره « ثم إن علينا بيانه »
ولا أحسب أن من البشر من يستطيع أن يلهم بالقرآن لعة وتفسيرا وتنزيلا معا ،
وهكذا .

ولكن السؤال الجدير بالبحث هو : هل يجوز تجزئة الاجتهاد بمعنى هل يجوز

أن يعتمد اجتهاد من يصرف نفسه إلى دراسة باب بعينه من أبواب الشريعة أو
مسألة من مسائلها وحسب ؟

يرى بعض العلماء أن الاجتهاد لا يتحرراً لأن الشريعة متصلة بالأحرار
فلا يجتهد فيها إلا من يخطط بكلها ولا يجوز أن يكون الفقيه في آن واحد مجتهداً
في شطر من الشريعة ومقلداً في شطر آخر لأن الاجتهاد والتقليد معنيان
متضادان فلا يجتمعان في شخص واحد . وذهب آخرون — ومنهم الظاهرية
وبعض المالكية — إلى جوار تجزئة الاجتهاد ، فإذا كان الشخص قد علم دليل
مسألة من المسائل صح له أن يجتهد فيها دون غيرها ، وهذا من الرأى الذى
أرجمته لأن العلم بجميع الأحكام يكاد يكون متعذراً .

لقد كان مقبولاً من قرون مضت — وقت أن كانت المعرفة الإنسانية يمكن
أن يدرجها سمر واحد — أن يشترط في المجتهد علماً مستغرقاً لكافة أبواب
الشريعة ومسائلها ولكن الأمر عدا اليوم على غير ما كان عليه من قبل . لقد
كان الطبيب إلى وقت قريب باطباً وجراحاً ومولداً ثم راح التخصص — أراء
اتساع نطاق المعرفة — يفرض ذاته على الدارسين حتى أن الطبيب يتخصص
اليزم في جزئية من جزئيات فرع دراسته كجزء من القلب فحسب في فرع
الطب الباطنى مثلاً ، وكذلك الأمر في باقي نواحي المعرفة الأخرى . إن آفة
الفتوى اليوم هي أن بعض فقهاء الشريعة لارالوا يفكرون بعقلية القرون
السالف ويحسبون أنفسهم مؤهلين للافتاء في كل مايعرض للمسلمين اليوم من
مشكلات علمية وفنية واجتماعية واقتصادية وقانونية . فالواحد من هؤلاء
يتعرض للافتاء مثلاً فيما إذا كانت الحقنة أم قنبرة العين تفطر الصائم أم لا وهل
تعتبر فوائد الودائع ربا وهكذا يسمح لنفسه بأن يفتى في الطب والاقتصاد
وكافة نواحي المعرفة الأخرى وهو لم يدرس أصول الطب ونظريات الاقتصاد
وما إلى ذلك . وكأنه قد ألم بالعلم من كل أطرافه دون أن يكلف نفسه حتى
عناء سؤال المتخصصين في الطب أو الاقتصاد كى يسي فتواه على أساس سليم
وينسى أن الله منع المسلم من أن يرشد الناس . فيما لا علم له به « ولا تقف

ماليس لك به علم . فلا غرو ان يجيب الامام مالك وفي عصر لم تكن قد تعقدت فيه ظروف الحياة على نحو ما وصلت اليه الآن — فيما ينوف عن ست وثلاثين مسألة بقوله « لا أدري » ، وما ذلك إلا لعدم علمه بالدليل . ولكن هذا أمر يكبر على نفس بعض من يتصدون للفتوى من المعاصرين . ومن قال لا أدري فقد أفتى . أما القول بأن الاجتهاد والتقليد ضدان فلا يجتمعان في شخص واحد ففيه بعض القصور لأن الأمرين لا يتضادان إلا إذا اجتمعا في مسألة واحدة وليس هذا هو الغرض هنا فاجتهد مجتهد في نطاق اجتهاده وليس مقلدا كما أن الطبيب في مجال تخصصه استاذ ولكنه يتابع رأى غيره من الاطباء فيما خرج عن تخصصه . فإن صح — وهو عندى صحيح — أن المجتهد لا يلزم أن يكون مطلق الاجتهاد وإنما يجوز أن يقتصر اجتهاده على باب من ابواب الشريعة أو على مسألة من مسائلها دون غيرها فان ما يشترط في هذا الاجتهاد الجزئى هو معرفة بالأحكام التى تتعلق بدائرة اجتهاده المحددة .

أما وقضية تجزئة الاجتهاد قضية رابحة في النظرية الإسلامية فإنه يكفى لدراسة القانون الدولى الإسلامى أن يكون المجتهد عارفا بأدلة القانون الدولى الإسلامى ليحق له بذلك أن يطرق باب الاجتهاد فيه وأن يدلى دلوه في مشكلاته . ومن هذا المنطلق شخصت إلى دراسة قانون السلام في الإسلام — وعدنى إيمان من الله وصدق في العزيمة وسلكت نفسى — بعون الله وتوفيقه — في مجال الاجتهاد الفقهي الواجب وأنا على علم يقين بوعورة الدرب الذى أخط فيه علامة البداية وعمق البحر الذى أغمر عبابه ويكفينى جهد سبق ويغنينى ابتغاء الحق (أن اريد إلا الاصلاح ما استطعت وما توفيقى إلا بالله) .

وإني إذ أسعى لأحر المجتهد ولو أخطأ إنما تخدونى في مناقشة رأى مخالف اجتهاده مجتهد آخر قناعة بأن الراى بالرأى والحجة بالحجة والاجتهاد مشترك . وتبعاً فإن رأى المجتهدين الآخرين لا يقيدنى كما أن رأى لا يقيدهم . والقاعدة أنه لا يصح أن ينقض مجتهد حكم آخر مخالف له إلا إذا كان الاجتهاد المخالف يعارض نصاً قطعياً . ذلك أن أحد الاجتهادين — في غير هذا الفرض — ليس

أولى بالصواب من الآخر ونقص أيهما بالآخر فتح لب الفوضى . وأسوق مثلاً لذلك قصة عمر بن الخطاب عندما سأل رجلاً عما صنعه في مسألة كانت معروضة للرأى فقال الرجل : قضى على وزيد بكدا . فأجاب عمر لو كنت أنا لقضيت بكدا فقال الرجل : وما بمعك والأمر اليك ؟ فقال عمر لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة نبيه عليه الصلاة والسلام لفعلت . ولكنى أردك إلى الرأى وهو مشترك . وإذن فلم ينقص عمر ما قال به على ولا ريد لأن قوماً لا يخالف نصاً قطعاً . ومن هنا كانت القاعدة الأصولية أن كل قضاء فصل مختد فيه يرفع الخلاف في الجرتية التى حكم فيها ، أو على حسب حد التعبير الحديث يحوز حجة الشيء المتضمن فيه ن نطاقاً سافصل فيه من خلاف . والاحتياط واجب ولكنه قد يكون عيباً وقد يكون كفاً وقد يكون مندياً . ويكون الاحتياط واجباً عينياً في حالتين :

- (١) أن تقع حادثة ويتعين المختد لبيان حكمها وإلا فات الوقت إن لم يختد لبيان ذلك الحكم .
- (٢) أن تزل بالختد نارة ويريد الوقوف على حكمها فإن انتهى إلى رأى فيها لزمه اتباعه ولا يتركه بقول أحد غيره لأن قول الغير يبنى كذلك على الظن ولا يقبل أن يترك الرجل ظن نفسه ويتبع ظن غيره ، وحرى بالذكر أن رأى المختد هذا لا يلزم سواه .

وأما الواجب الكفائى فيتحقق في مسألتين :

- (١) إذا سأل سائل عن حكم حادثة نزلت فيكون على أحد المختدين أن يجيبه ويكون بهذا الوجوب كفاً لأن المختدين إذا نكلوا عن الفتوى جميعاً أمموا .
- (٢) إذا كان الاختصاص في القضاء لأكثر من قاض فأبهم يتعرض للقضاء يسقط الالتزام عن الباقي .

ويكون الاجتهاد مدبورا في عاليتين :

- (١) في أمر لم يتبع سواء سئل الاجتهاد أم لم يسأل
- (٢) إذا طلست الفتوى في مسألة نظرية لما تقع!

اغلاق باب الاجتهاد :

تكلم بعض العلماء المتأخرين عن اغلاق باب الاجتهاد المستقل وقرروا أن عصره قد انتهى بانتهاء القرن الثالث الهجرى . ولا أريد أن أطيل في مناقشة هذا الرأى فللفقهاء فيه قول يطول ولكل مذهب في الاجتهاد رأى . ولكى أقول إن قفل باب الاجتهاد عد من نادوا به — إنما كان مخرجا ارتاده اصحابه بعد ان عمت الفوضى وادعاء من ليس أهلا له فكثرت الأقوال المتحروة وشاعت الفتاوى الزائفة فأرو — من باب سد الدرائع ، وهو أصل شرعى — أن يقفل باب الاجتهاد . ولكن هذا القصد الحسن وتلك الية النيلة لا تعنى أن يحرم الإسلام من جهد مختهدين الأعلام إذا ماحطيت الأمة الإسلامية أو جماعة منها بأحد سهم ، فتلك بلا شك هى الطريقة القديمة ، ليسع اجتهاد سور علمه وينفذ بعقيق فهمه فيمحور الشك ويزيل الانحراف ويحدد علامات الدرب المستقيم . وهنا اتمثل بقول الشيخ محمد ابو رهرة رحمه الله — إذ يقول : « ولا يعرف احدا يسوع له ان يعلق بابا فتحه الله تعالى للعقول » فان قال ذلك فمى اى دليل أخذ ؟ ولماذا يحرم على غيره ما أناحه لنفسه ، وإن ذلك التعليق قد أعدهم عن المصادر الإسلامية الاولى ، فأبعدهم عن الكتاب والسنة وعن آثار السلف الصالح حتى لقد ساع لبعض من افرطوا في التقليد ان يقرروا ان دراسة تفسير القرآن الكريم والحديث لا داعى لها بعد ان اغلق باب الاجتهاد ... » .

وإنى لأطرح سؤالا لم أجده عليه جوابا يشفى الغلة : من الذى قرر قفل باب الاجتهاد ؟ أهم محتهدون يحق لهم الاجتهاد وإذن فلم يقرروا لأنفسهم أن يكونوا آخر من يجتهد ؟ أم هم محتهدون أسوا في أنفسهم ضعفا فحسبوا أن أمر الامة قد صار إلى ماصاروا عليه فعاقبوا أنفسهم وعاقبوا الامة معهم بهذا الاغلاق .

وهل يمكن لمثل هؤلاء أن يدعوا في صغفهم وصاية على مصالح الأمة وقياماً على فكرها . إن أحداً لم يقل لنا مع مر كان مفتاح الاجتهاد وكيف وبأذن من أعلقه . إنها دعوى تطرح وبأخذها الناس قضية مسلمة حتى اصسحت عقيدة راسحة .

تدوين الفقه الاجتهادى :

ظهرت على مر الأيام ضرورة التدوين ومرت بمراحل عديدة أجمالها فيما يلى:

أولاً : مرحلة تبنى المذهب الرسمى وقد بدأت هذه المرحلة بمحاولة غير موفقة قام بها عبد الله بن المقفع فى تقرير قدم إلى أنى جعفر المنصور بعنوان « رسالة الصحابة فى طاعة السلطان » . وقد جاء فى تلك الرسالة قوله « وما يظن أمير المؤمنين فيه من أمر هذين القطرين وغيرهما من الأمصار والسواحي اختلاف هذه الاحكام المتناقضة التى بلع اختلافها امراً عظيماً » . فلو رأى أمير المؤمنين ان يأمر بهذه القضية والسير المختلفة ، فترفع إليه فى كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين فى ذلك ، وكتب بذلك كتاباً جامعاً عرماً ، لرجونا ان يجعل الله هذه الاحكام المختلفة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً » . وقد تعرض الفقهاء وعلماء الأصول لمسألة تبنى المذهب الرسمى الواحد بمناسبة تولية القضاء بشرط الحكم بمذهب معين فقال البعض بأن التولية باطلة وقال آخرون بأنها صحيحة ولكن الشرط باطل . ولكن الواقع أثبت هذا التبنى ثم رأى الخليفة العثمانى أن يثبت هذا الواقع بصورة رسمية وكان ذلك فى خلافة السلطان سليم الأول فى بداية القرن السادس عشر إذا اعتمد المذهب الحنفى ونشره بصورة رسمية .

ثانياً : الجمع الاختيارى لأحكام المذاهب ، فقد رأى أولو الأمر أن من المنيد أن تجمع أحكام المذهب الرسمى أو الشائع جمعاً اختيارياً تسهلاً لفهمها على الطلاب من القضاء والعلماء والدراسين . ومن اهتم بهذا الجمع السلطان سليمان الأول فقد كلف شيخ الإسلام أباً السعود بجمع القوانين التى اصدرها

فرتها في مجموعة عرفت باسم « قانون نامة ». ومن ذلك ايضا مجموعة « الفتاوى الهندية » وهي من المراجع المشهورة والمعتمدة في الفقه الحنفي . واجلة هندية التي دورها قدرى ناشا باسم « مرشد الخيران لمعرفة أحوال الانسان » . وهي على عرار مجلة الاحكام العدلية العثمانية .

ثالثا : صياغة الاحكام الشرعية بصورة الزامية في شكل مواد متسلسلة على نمط القوانين الغربية بما يسمى بالتدوين . وهذا ما فعلته الدولة العثمانية بتدوينها القانون المدنى المعروف بمجلة الأحكام العدلية . وطبقت المحلة في تركيا والبلاد التابعة لها باستثناء اقليمه العربية ومصر

رابعا : الاختيار في المذاهب المختلفة وقد سارت على هذا النهج الدولة العثمانية والبلاد العربية في القوانين التي سنتها لمسائل الأحوال الشخصية وبعض المسائل الاخرى المأخوذة عن الشريعة الإسلامية . إن ولى الأمر في هذه المرحلة لم يتقيد بمذهب رسمى واحد بل يختار من المذاهب جميعا مع اعتماد مذهب واحد يرجع إليه عند عدم النص المخالف .

خامسا : الاقتباس من القوانين العصرية الغربية دون التقييد بما جاء في الفقه الإسلامى ومن الامثلة على ذلك القوانين التي نقلتها مصر عن القوانين الفرنسية سنة ١٨٧٥ لتطبق لدى المحاكم المختلطة وكثير من القوانين المصرية المعمول بها حاليا . وبعض هذه القوانين الحديثة لا تغاير روح الشرع الإسلامى ومبادئه . ولذلك يكاد يحصر اختصاص الفقه الإسلامى في معظم البلاد العربية بالأحوال الشخصية . ولكنه اتجاه يجب أن يؤخذ بكثير من الحذر الأمر الذى يعين عليه في مصر مثلاً — أن الدستور — قد جعل من الشريعة الإسلامية المصدر الاساسى للتوانين .

٥ صورة خاصة من الاجتهاد : (اجتهاد الصحابي) :

إن الكلام عن الاجتهاد وشروطه يسوقى إلى الكلام عن صورة خاصة من الاجتهاد وهى اجتهاد الصحابة : ذلك أن اجتهاد الصحابي هو من بين المراتب التى يطررها علم الأصول فى باب الاجتهاد . والذى يهمنى هنا هو ما إذا كان اجتهاد الصحابي يتميز عن غيره من صور الاجتهاد وهل له ما ينفرد بها عن غيره من اجتهاد المجتهدين اللاحقين أم أن اجتهاد هو اجتهاد فقهي يختص لما يختص له اجتهاد المجتهدين الآخرين من قيود . ويقوم بما يقوم به الاجتهاد سموما من معايير .

١- الفقهاء إن الصحابة هم أقدر الناس على تفهيم مفاصل الشريعة . هم بمراد الرسول ﷺ لقربهم منه : معاشتهم لوقائع التنزيل . ولذا فإن الفقهاء على الأخذ بأقوال الصحابة واعتماد فتاويهم . ولم يخرج عن ذلك قلة — منهم العراقي والآمدى والشوكانى — فذهبوا إلى أن اجتهاد سائر ليس حجة بذاته ويستدلون على ذلك بأن الصحابة أنفسهم اتفقوا سواهم أن يخالف أحدهم الآخرين فى الاجتهاد . ومن ثم فإن قول الصحابي من أنواع الاستدلال على مفاهيم القرآن والحديث شأنه شأن قول المجتهدين الآخرين ، وقد ثبت عند جميع الائمة أنهم عملوا أحيانا بخلاف فتوى الصحابي. عندما اطمانوا إلى وجود حكم يخالف فى الكتاب أو الحديث .

والقول عندى — مع اقرارى بجلاله قدر الصحابة وسبقهم فى الإسلام — أن اجتهاد الصحابي لا يعدو أن يكون صورة من صور الاجتهاد الفقهي وإنما يجوز عليه مايجوز على الاجتهاد الفقهي عموما من أحكام . ولعل ما لاجتهاد الصحابي من تميز هو أن مصاحبه للرسول وموافقته للتنزيل قد تكون سببا من أسباب ترجيح رأى أو الفتوى ولكن الصحبة والمشااهدة لا تكفى بذاتها لكى

يكون قول المصاحب المشاهد حجة لا يأتيا الباطل من بين يديها ولا من خلفها إذ لو صح هذا المذهب ومجرد صحبته للرسول لا تكفى بذاتها لتجعل من رأى الصحابي حجة بالغة يعتمدها دون نقاش أو جدل . فإننا لا نستطيع أن نقول إن هاك صحابيا — حتى الرواة والمحدثين بينهم — قد صاحب الرسول مصاحبة دؤوبة فلم يتخلف عن مجلسه مرة ولم يغيب عن ملازمته فترة ، ثم إنه مامن صحابي يستطيع أن يقول إنه قد علم بكل ما قاله الرسول وصدر عنه . وتبعاً فإن اجتهاد الصحابي هو اجتهاد في حدود ما عرف وما علم ، وما عرف وما علم لا يستغرق كل أحكام شريعة الله ولا يحيط بكافة مبادئها وإلا لما كان عمر مثلاً على عظم قدره وطول ملازمته للرسول في حاجة إلى أن يستعين بالصحابة وفي مقدمتهم على بن ابي طالب بحثاً عن حديث شريف واستقصاء لتوجيه نبوي كريم لا يكون هو قد علم به . وكيف نضفى على اجتهاد الصحابي قدسية لم يصفها القرآن على اجتهاد سيد البشر واستاذ الشريعة سيدنا محمد بن عبد الله فنقول إن اجتهاد الصحابي هو حجة مسندة وفتوى محكمة .

إن التاريخ الإسلامي يعرف صحابة كانت مواقفهم وفتاواهم بعد وفاة الرسول محل نظر مثل عمرو بن العاص ومعاوية بن ابي سفيان في سعيهم نحو تثبيت الحكم لبنى أمية ، والبعض يتهم معاوية بأنه من الرضايعين في الحديث . هل يمكن مثلاً أن نعتد على تصرف أولئك الذين جاهدوا علياً في خلافته وحاربوه بعد ولايته — في معركة الجمل — ونأخذ من آرائهم ومنطلقاتهم سنداً لنا في الفتوى ؟ إننى أمسك القلم عن تقويم ما حدث ولكى أقول إن مآثر من نقاش حول ما حدث يجعلنا نتوقف بل ونمتنع عن تقويم اجتهاد وفتاوى بعض الصحابة . ويبدو أن المتحمسين لاجتهاد الصحابي يتعلقون باهداب حديث يقول « أصحابي كالنجوم الزاهرة بأيمهم اقتديتم واهتديتم » والحديث فيما قرأت حديث ضعيف . فهل نقتدى بعمرو بن العاص مثلاً عندما غرض البصر عن فعلة ابنه وقد اعتدى بالضرب على أحد المواطنين تعالياً وكبراً أم نقتدى في

الزواج بما فعله خالد بن الوليد عندما تزوج بأرملة مالك بعد أن قتله وقد عاب عليه عمر ذلك .

ثم ماذا نفعل إذا تعدد اجتهاد الصحابة في المسألة الواحدة : بأيهم نقتدى لنهتدى ، وأضرب مثلاً لذلك بأرض السواد فقد اختلف الصحابة حول اقتسامها فمنهم من قال بذلك ومنهم من قال غير ذلك ، وكان لعمر رأى هو الذى ساد وهو صاحب السلطان .

حاشا لله أن اكون قد ابتغيت من وراء مناقشتي لاجتهاد الصحابي أن أنال من مكانة الصحابة رضوان الله عليهم ومأردت إلا أن اذكر بأنهم بشر غير معصومين وأن اجتهادهم كاجتهاد غيرهم تجوز عليه الصحة كما يجوز عليه الخطأ فما اشهدهم الله خلق السموات والارض وماكانوا يحكمه بعالمين . أما الاقتداء بهم دون قيد أو شرط كما يستفاد من الحديث الضعيف السالف فيعارض في نظري ما جاء في القرآن الكريم من أن هذا الاقتداء لا يكون الا بالرسول ﷺ فان الله تعالى أرشدنا إلى انه هو الاسوة الحسنة .

والحق أننى أعجب من موقف الأصوليين من حرية الرأى وهى من مفاخر الحنيفية السمحاء — إنهم يتسابقون للحد من تلك الحرية وتكيلها بالأغلال على نحو تتأباه الفطرة وتعافه السليقة . فهم تارة يقولون إن الإجماع — ومأدراك بالإجماع — حجة تلزم الأجيال من بعده وتغلق الأفهام إثر صدوره ، وتارة يذهبون إلى أن قول الصحابي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه فهو إن قال قطع وإن افترى منع ، وثالثة يدعون أن باب الاجتهاد قد قفل ولارال جمهورهم يوحد هذا الباب دون الانفتاح على الرغم من فوات أكثر من عشرة قرون . ويطول في الحديث لو أردت أن أعدد مغاليق حرية الرأى التى يتشدق بها بعض الأصوليين تم يتعالون في إرهابهم الفكرى إلى حد تكفير من يخالفهم القول أو يناحرهم المحجة . ولكن جماع هذه المخادير ينتهى

في واقعه إلى مصادرة حرية الرأي إلى حد بعيد والتضييق من مجال إعمالها على
نحو غير سديد . إننى لا أنشد ترك الحبل على الغارب ولكنى أرى أن
شروط المجتهد — كى يسمح له بالاجتهاد — غناء يضمن ألا ينزل الحلبة إلا
فرسانها ولا يتصدى للقرن إلا صنديده .

الفرع الثانى فى الاجتهاد القضائى (القضاء فى الإسلام)

تعريف وتحديد .

القضاء لغة هو الحكم . قال أبو بكر قال أهل الحجاز القاضى معناه فى اللغة الناطع للأمر انحكم فيها والقضايا هى الأحكام وواحدها قضية . وقال الزهرى القضاء فى اللغة على وحوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتماهه وكل ما أحكم عمله أو أدى أو أفضى .

والقضاء اصطلاحاً اخبار نحكم على سبيل الإلزام . وقد اختلف الفقهاء فى معناه الاصطلاحى فهو عند الحنمية قول ملزم يصدر عن ولاية عامة ، وذهب الشافعية إلى أنه الإلزام من له ولاية الإلزام بنحكم الشرع فى الوقائع الخاصة ، ويرى الحنابلة أنه فصل فى الخصومات . ويقول الدردير المالكى إنه حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده ليرتب على مائت عنده مقتضاه أو حكم بذلك مقتضى . وقد وردت لمظة القضاء فى القرآن فى عدة معان . فهى قد تعنى امضاء الأمر واحكامه كقوله تعالى « وإذا قضى أمراً فإنما يقول له كن فيكون » (البقرة / ١١٧) . وقد تعنى الأداء والانهاء كما فى قوله عز وجل « ثم ليقتضوا تفثهم وليوفوا نذورهم » (الحج / ٢٩) . وقد تدل على الصنع والتقدير والحلق كما فى الآية الكريمة « هو الذى خلقكم من طين ثم قضى اجلاً » (الأنعام / ٣) ، وقد تعيد الحكم والجزم كقوله سبحانه « وقضينا إلى بنى اسرائيل فى الكتاب لتعبدن فى الأرض مرتين » (الاسراء / ٤) .

وقد حفلت الأحاديث بلعظة القضاء كقوله ﷺ : القضاة ثلاثة (اثنان فى النار وواحد فى الجنة) وكقوله : إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فلا يجلس أحد الخصمين مجلساً لا يجلسه صاحبه . وقد عرف العرب نظام القضاء أخذاً من

الظم البيزنطية والمارسية لأنه لم يكن معروفا لديهم قبل فتح تلك البلاد .
والذى كان معروفا لديهم هو التحكيم في كل قضية بقضيتها . وقد مارس
الرسول ﷺ واخلفاء الراشدين من بعده وظيفة القضاء ، وكتيرا ما كان
يمارس في المسجد . وكان القاضي محمد بن مسروق أول من نظر نزاع الذميين
داخل المسجد .

وقد كره العلماء للقاضي أن يفتي في مجلس القضاء لئلا يلتبس الأمر على
العوام ، ذلك أن الفتوى لا إلزام فيها على خلاف حكم القاضي .
القضاء كدليل على الاحكام :

إن المستقرى لتاريخ القضاء في الدولة الإسلامية لابد أن يلحظ أن الشريعة
الإسلامية كانت هي القانون الذى يلتزم به القاضي في كافة مايعرض عليه من
قضايا بغض النظر عن موضوع القضية أو أطراف القضية . وتثبت سجلات
القاضي التى تحتفظ بها الدول الإسلامية تلك الحقيقة على سبيل اليقين حتى أن
غير المسلمين من النصارى واليهود يدرسون الفقه الإسلامى ويؤلفون فيه مثل :
سليم البار شارح مجلة الأحكام العدلية وغيره ممن ألفوا في الفقه الإسلامى في
العصور المتأخرة ، وأما ما أدخل من القوانين في الدولة العثمانية فإنه أدخل بناء
على فتوى العلماء بأنها لا تخالف الإسلام . وهكذا أدخل قانون الحزاء العثمانى
سنة ١٢٧٥ هـ الموافق ١٨٥٧ م . وأدخل قانون الحقوق والتجارة سنة
١٢٧٦ هـ الموافق ١٨٥٨ م . ثم في سنة ١٢٨٨ هـ الموافق ١٨٧٠ م جعلت
المحاكم قسمين : محاكم شرعية ومحاكم نظامية . ثم في ١٢٩٥ هـ الموافق ١٨٧٧ م
وضعت لائحة تشكيل المحاكم النظامية ووضع قانون أصول المحاكم الحقوقية
والجزائية سنة ١٢٩٦ هـ . ولما لم يجد العلماء مايرر إدخال القانون المدنى إلى
الدولة ، وضعت المجلة قانونا للمعاملات واستبعد القانون المدنى وذلك سنة
١٢٨٦ هـ فهذه القوانين حين وضعت نالت إجازة الفقهاء لها كاحكام
شرعية . ولم توضع موضع التنفيذ إلا بعد صدور الفتوى باجازة تطبيقها وإذن
شيخ الإسلام بها ، كما تبين من المراسيم التى صدرت بها تلك القوانين . وإن

كان الاستعمار منذ سنة ١٩١٨ م أى منذ احتلاله البلاد الإسلامية قد أخذ يفصل في الخصومات في الحقوق والجزاء على غير الشريعة الإسلامية (محمود الخالدي — نظام القضاء في الإسلام ، الاردن ١٤٠٣ ، ١٩٨٣ ص ٢٢٠٣١) ومن ثم فإن اجتهاد القاضى قام بدور كبير في تفسير وتطبيق أحكام الشريعة . وأحق أن القاضى المسلم مقيد في قضاؤه بأحكام الحيفية السمحاء طوعية لصريح نص آيات القرآن الكريم كقوله تعالى « فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول » (النساء / ٥٩) وقوله سبحانه « وما اختلفتم فيه من شئ فحكمه إلى الله » (الشورى / ١٠) . إن الآيتين قاطعتان في أن حكم القرآن والسنة هو مرجع القضاء في قضاؤه ، وهو في رجوعه إلى الكتاب والحديث إنما يبحث ليمتنع الحكم . ومن هنا كان قضاء القاضى بمثابة اجتهاد قضائى .

والقاضى المسلم مقيد بهذا الحكم سواء كان قاضيا في أمور الناس أم قاضيا في أمور الدولة — أى سواء كان قاضيا وطنيا أم قاضيا دوليا — لأن ما سدا شرع الله من قوانين وضعية هو طاغوت « يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا » (النساء / ٦٠) . ويقول ابن كثير في تفسير الآية : إن هذا انكار من الله عز وجل على من يدعى الإيمان بما أنزل الله على رسوله وعلى الانبياء الأقدمين وهو مع ذلك يريد أن يتحاكم في فصل الخصومات إلى غير كتاب الله وسنة رسوله كما ذكر في سبب نزول هذه الآية أنها في رجل من الأنصار ورجل من اليهود تخصما ، فجعل اليهودى يقول بينى وبينك محمد . وذاك يقول بينى وبينك كعب بن الأشرف . وقيل في جماعة من المنافقين ممن أظهروا الإسلام ، أرادوا أن يتحاكموا إلى أحكام الجاهلية ، وقيل غير ذلك ، والآية أعم من ذلك كله ، فإنها دامة لمن عدلوا عن الكتاب والسنة ، وتحاكموا إلى ما سواها من الباطل وهو المراد بالطاغوت هنا (تفسير ابن كثير ص ٥١٩) ولست بحاجة هنا إلى أن اتطرق إلى بيان سند مشروعية القضاء في الإسلام لأنى اكون بمثابة من يحاول إثبات البديهيات وتبرير المسلمات فشرعية القضاء ثابتة ثبوتا قطعيا

بالقرآن والحديث وإجماع الصحابة والمختدين بما لا يحتاج إلى بيان أو تدليل .
 بيد أن من الفقهاء المحدثين من يرى أن مصادر القانون الإسلامي لم تتضمن
 تفصيلاً في تنظيم القضاء ومن ثم فإن أصول المرافعات وآداب القاضى يمكن أن
 تختلف في بعض تفاصيلها باختلاف الرمان والمكان ، وتلك دعوى لا أرى
 ما يعاب عليها ، فالقاضى الذى كان يجلس فى المسجد يمكن أن يجلس فى دار
 للقضاء — هى التى نطلق عليها اليوم المحكمة — والطرق البدائية لاستحضار
 الخصم يجوز أن تحل محلها اجراءات ومواعيد المرافعات التى نعرفها فى زماننا
 هذا .

بيد أن هناك من يتغالى فيزعم أن الرسول كان مبلغاً لرسالة ربه ، وأنه
 لا شأن له بأمر السياسة والاقتصاد والتجارة والقضاء ونظام الحكم وما شاكل
 ذلك . (راجع على سبيل المثال ماذهب إليه على عبد الرزاق فى كتابه
 « الإسلام وأصول الحكم » . وقد حكم شيخ الأهرم بإجماع أربعة وعشرين
 عالماً معه باخراج على عبد الرزاق من زمرة العلماء وكان ذلك فى
 ١٢/٨/١٩٢٥) . وذلك زعم بادى الخل ، ويكفينى فى دحضه — إلى
 جانب ما قال به العلماء الأفاضل — ما قدمه على صفحات هذا السفر من بحث
 يتعلق بالإسلام كدولة ذات نشاط سياسى واقتصادى وقضائى وغير ذلك مما
 يدخل فى نشاط الدولة عموماً .

شرط تولى القضاء :

القضاء ولاية لمعين لها للاخبار بالحكم الشرعى على سبيل الالتزام على
 المتخاصمين (الخالدى — المرجع السابق ، ص ٨٩) ولذلك فهو دون مرتبة
 الخلافة لأن الخلافة والاية عامة للمسلمين فى الدنيا . ويشترط فيمن يتولى
 القضاء شروط اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا حول البعض الآخر . وأورد
 هنا أهم ما يشترط فى القاضى لتولى القضاء :

أ (الإسلام :

يذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز أن يلى القضاء فى الدولة الإسلامية غير مسلم لأن القضاء ولاية ، ولم ترد فى القرآن عبارة « أولى الأمر » الا مقرونة بأن يكونوا من المسلمين . هذا فضلا على أن الله تعالى يقول « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (النساء / ١٤١) . والقضاء سبيل من سبيل الولاية على المسلمين . غير أن الحنفية ذهبوا إلى جواز أن يكون القاضى غير مسلم فى القضاء بين غير المسلمين اعتبارا بالشهادة لأن اهلية القضاء عندهم بأهلية الشهادة . وعلى الرغم من أن الحنفية ينفردون بهذا الرأى من بين علماء المسلمين إلا أننى أرى أنه رأى له وجهته ، ذلك أن الولاية هنا هى على غير المؤمنين ومن ثم فهى لا تتعارض مع حكم الآية الكريمة . ثم إن خضوع المخالفين لقوانين الدولة الإسلامية لا يمنع من أن يقوم قاض غير مسلم على تطبيقها على غير المسلمين .

يبد أن هذا الحكم الحنفى قد لا يصلح فى القضايا الدولية حيث أن الخصم فى القضاء هى الدولة الإسلامية ، ومن ثم فإنه لا يجوز أن تحكم الدولة الإسلامية إلى قاض غير مسلم ، وتبعا لذلك فإن محكمة العدل الدولية بتشكيلها الراهن لا تصلح طبقا لاحكام الشريعة الإسلامية — لأن تكون هيئة قضائية تفصل فى نزاع بين دولة إسلامية ودولة غير اسلامية ، وناهيك بأن يكون الطرفان دولتين اسلاميتين . وإذن فالتجاء الدول الإسلامية حاليا إلى تلك المحكمة لا يبرر إلا طبقا لنظرية الضرورة . وآمل أن تجد الدول الإسلامية فى محكمة العدل الاسلامية الدولية غنى يكفيا عن محكمة العدل الدولية ، ويأجذا لو حرصت الدول الإسلامية — قدر الامكان — على أن تتفق مع الدول غير الإسلامية على جعل محكمة العدل الإسلامية الدولية هى الهيئة القضائية التى تلجأ إليها للفصل فيما قد يثور من منازعات بينها وبين تلك الدول غير الإسلامية . ومن المقبول — كما يقول الدكتور فتحى عثمان — أن يكون غير المسلم قاضيا جنائيا ، وبخاصة إذا لوحظ أن أغلب الأحكام هى من

باب التعزير الذى تقرره السلطة التشريعية ، أو يترك فى نطاق ما للقاضى عند تقرير العقوبات . والحدود المخصوص عليها شرعا معدودة ، وقد تكون لها دوائر خاصة متلما هو الحال فى دوائر الجنايات فى كثير من الدول الآن . ويحسن أن يكون رئيسها وأغلب أعضائها فى الدولة الإسلامية من المسلمين ، ولا بأس أن يكون أحد أعضائها غير مسلم . ومن المقبول كذلك أن يكون غير المسلم قاضيا مدنيا . ومن الطبيعى أن يكون قاضى الأحوال الشخصية للمسلمين مسلما وبغير المسلمين واحدا من دينهم ومذهبهم للطابع الدينى الغالب على هذه الأحكام » (فهمى هويدى — مواطنون لا ذميون — القاهرة وبيروت ١٩٨٥ ، ص ١٧٢) . ولعل صاحب الرأى قد تجاوز بحماسة بعض الحدود لكنه رأى له وجهة وجدير بالاعتبار .

بـ (العقل، والبلوغ والحرية :

لدينى أن شترط فى القاضى أن يكون عاقلا لأن القلم مرفوع عن المحنون بل إن من الفقهاء من يتطلب فى القاضى عقلا فطريا ذكيا . وقد خص الله سبحانه وتعالى سليمان بالفهم الذى لم يتوفر لداود فاستطاع بذلك أن يصيب كبد الحقيقة فى حكمه « وداود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غم القوم وكنا لحكميم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلمنا » . (الانبياء / ٧٨) .

كذلك يجب أن يكون القاضى بالغا ، فلا يجوز أن يتولى الصغير القضاء لأن الصبى أيضا قد رفع عنه القلم . كذلك لا يملك غير الحر ولاية القضاء لأن العبد لا يملك التصرف فى نفسه فهو ملك لسيده .

جـ (العدالة :

يجب أن يكون القاضى عادلا . ولكن ماذا نقصد بالعدالة ؟ اختلف الفقهاء فى الشروط التى ترسم حدود منفذ العدل فى الإنسان .

يرى المائكية والحائلة أن العدل هو من لم يرتكب كبيرة ولم يصّر على صغيرة واجتنب ما يخل بمرءة أمثاله .

وقيل إن العدل هو من لم تغلب معاصيه على طاعاته .
يبد أن الاعتماد على معيار التفرقة بين الكائير والصغائر هو اعتماد على معيار غامض حيث لا يوجد حد متفق عليه لتلك التفرقة .
ولذلك قد يكون من الأفضل الأخذ في تعريف العدل بما قاله متأخرو الحنفية وهو أن العدالة تعنى رجوح كفة حسنات المرء على سيئاته ، لأن هذا يعنى أن العدل هو استقامة النفس وعدم الجرأة على الحرام .

ولكن الحنفية يتنازلون عن هذا الشرط ويميزون تقليد الفاسق ولاية القضاء مع الكراهة . يبد أن هذا القول يتعارض مع مقتضى الآية الكريمة « يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » ... الآية » (الحجرات / ٦) . لأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً ، فلا يجوز من باب أولى أن يكون قاضياً . ولذلك منع الحنفية كل محدود نحد قذف من تولي القضاء ، وكأهم بذلك يرجعون إلى المبدأ الذي يقول به الجمهور وهو أن من لا تقبل شهادته لا يجوز ولايته .

وعليه فإن العدالة شرط لازم في صحة تولي القاضي .

د (الاجتهاد في علوم الشرع :

انقسم النقهاء حول تحديد درجة الاجتهاد التي يجب أن يطلعها من يصالح لتولي القضاء . فمن الفقهاء من يشترط في القاضي أن يبلغ درجة الاجتهاد المطلق . أي أن يحيط باهلية الاستنباط من مصادر التشريع على نحو ما اسلمت عند الكلام على الاجتهاد .

ومنهم من اكتفى بأن يكون القاضي عالماً فقيها قادراً على انزال الحكم على الواقعة المطروحة في الدعوى القائمة . ذلك أنه هامن امام إلا وتوقف في مسائل .

وذهب جمهور الحنفية إلى جواز تولي العالِم . وقد نقل هذا الرأي عن

الإمام مالك . وهذا قول ساقط فكيف يتصور عقلا وشرعا أن يتولى الجاهل منصب القضاء ، والصحيح الذى يتصله المطلق أن يكون العلم أصلا فى حوز تولي منصب القضاء ، بعض النظر عن درجة العلم المطلوب ، لأن الرسول ﷺ أخبر بأن من يقضى بين الناس على جهل فهو فى النار . قد يقال إن الإمام إذا عين قاضيا وجب على الناس طاعته لأن طاعة الإمام فرض على المسلمين ، ولكن الرد على ذلك هو أنه لا طاعة مخلوق فى معصية الخالق ، ومادام أن الرسول ﷺ قد ذكر القاضى الجاهل كأحد قاضيين يَدْخُلان النار فاد تعيين الجاهل فى منصب القضاء يكون معصية . ثم إن مثل هذا التصرف يخرج بالإمام عن التزامه برعاية شئون المسلمين « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » . ومن ثم فإن صلاحيات الإمام ليست مطلقة بل إنه مقيد بأمر منعه الإسلام من تجاوزها .

والراجح أن النظرية الإسلامية لا تأخذ بمدرك السوابق الأنجلو سكسونى ، فالقاضى الإسلامى — شأن القاضى فى النظام اللاتينى — غير مقيد بحكم سابق ولو كان هو الذى حكم به . ولذا جاء فى عهد عمر بن الخطاب إلى أنى موسى الأشعرى « ولا يمنعك قضاء قضيته أمس فراجعت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماهى فى الباطل » .

هـ (الذكورة :

اختلف الفقهاء فى شرط الذكورة وجواز تولية المرأة منصب القضاء وذهبوا فى ذلك مذاهب ثلاثة :—

- (١) عدم جواز تولي المرأة منصب القضاء مطلقا .
- (٢) جواز قضاء المرأة فى غير الحدود والقصاص .
- (٣) جواز ولاية المرأة لمنصب القضاء مطلقا .

ولا أريد أن أفيض فى هذا الشرط لأن القول فيه يطول ، وهو ليس من صلب هذه الدراسة ، إذ كل ما أنغيه هنا هو مناقشة القضاء كدليل من أدلة الاجتهاد وكطريقة من طرق الاستنباط .

اختصاص سلطة القاضي :

ان صيغة تولية القاضي لمنصبه هي التي تحدد نطاق الاختصاص الوعى والاختصاص المكاني والاختصاص الرماني والاختصاص الشخصي للقاضي ، فهي تين أى القضايا يختص بظورها وإى دائرة جغرافية يتولى فيها القضاء ، والرمن الذى يجلس فيه للقضاء والأشخاص الذين يفصل فى خصوماتهم .
فذلكة :

يبين لنا مما سلف أن هناك شروطا لابد أن تتوفر فيمن يصلح للقضاء وأن اقل مايتطلب فى القاضي من حيث العلم هو أن يكون فقيها قادرا على أن ينزل الحكم على الواقعة المطروحة أمامه . ومن ثم فإن القاضي يجب أن يكون مجتهدا ولكن لا يشترط فيه الاجتهاد الكلى وإنما يكتفى فيه بالقدرة على الاجتهاد الجزئى . وتبعاً فإن القاضي مجتهد وقصاؤه اجتهاد وهكذا يكون القضاء اجتهادا قضائيا ، والشروط التى ألحقت اليها آنفا شروط منطقية فى القاضي ، سواء جلس للقضاء الوطنى أم جلس للقضاء الدولى لأن الولاية واحدة فى الشريعة الإسلامية .

ولنا أن نقارن بين شروط القاضي التى أسلفتها وبين ما جاء فى نظام محكمة العدل . وقد يكون من المناسب أن استكمل هذا العرض عن القضاء فى الإسلام بصورة من صور القضاء الدولى الإسلامى الحديث وهى محكمة العدل الإسلامية الدولية .

محكمة العدل الإسلامية الدولية :

يطيب لى — وأنا بصدد الكلام عن القضاء فى الإسلام — أن أعرج بكلمة على أول هيئة قضائية دولية فى تاريخ العلاقات الدولية الإسلامية ، ولو أن نظامها لم يدحل بعد طور التنفيذ . تلك هى محكمة العدل الإسلامية الدولية ، إحدى مبادرات منتظم المؤتمر الإسلامى .

ان المحكمة — حسبما أوضحت مادتها الأولى — هى الجهاز القضائى

الرئيسي لمنظم المؤتمر الإسلامي وتقوم على أساس من الشريعة الإسلامية وتعمل بصفة مستقلة — وقد يوحى هذا بأن هناك أجهزة قضائية أخرى للمؤتمر وأن المحكمة هي الجهاز الرئيسي من بينها ، وقد يعين على تقبل هذا الفهم أن للمحكمة أن تشكل هيئات أخرى لتسوية المنازعات كما يتضح لما بعد قليل . ولكي أرى أن وصف المحكمة بأنها الجهاز الرئيسي يعني أنها إحدى الأجهزة الرئيسية التي يتشكل منها المؤتمر كمنظم دولي .

وقد احتيرت الكويت مقرا للمحكمة ، والكويت هي أيضا مقر الهيئة القضائية الخاصة بمنظمة الأقطار العربية المصدرة للبترون . وتتشكل المحكمة من سبعة قضاة يختارون بالاقتراع السري من قبل المؤتمر الإسلامي لوزراء الخارجية ومدة عسوية القاضي أربع سنوات قابلة للتجديد لمرة واحدة . وألاحظ على هذا — ليكن أنه تطور للنظرية الإسلامية التقليدية ، ذلك أن نعين القاضي حسب تلك النظرية هو أحد اختصاصات رئيس الدولة وكان المتوقع أن يعين من قبل مؤتمر القمة الذي يضم الرؤساء ، ولكن الرؤساء فوضوا ذلك للاختصاص لوزراء خارجيتهم باعتبارهم من وراء التفويض . بل إن الاختصاص — في شأن انتخاب الرئيس ونائبه — قد فوض إلى أعضاء المحكمة . ولعل من ديج نظام المحكمة لم يفكر في أحكام النظرية الإسلامية التقليدية بقدر ما فكر في نظام محكمة العدل الدولية الذي تأثر به إلى حد واضح واقتبس منه الكثير ، وكان الأفضل لو أن متشرعي نظام المحكمة كانوا على بينة من مقتضيات النظرية الإسلامية وراعوا التماسي بأحكامها أو طوروها بما يتفق وواقع الدولة الإسلامية المعاصرة دون التضحية بروح المبادئ الإسلامية . أقول ذلك وفي دهي مآخذ تورط فيها نظام المحكمة الإسلامية بسبب هذه المخاراة التي لم تتسم بالتحرز الكافي . فنجد مثلا أن النظام يحرم انتخاب أكثر من قاض من رعايا دولة واحدة . وهذا الحكم يكتشف عن تأثير واضح بالمفاهيم الغربية ذلك أن الجنسية في النظرية الإسلامية لها جانبها الإسلامي فالإسلام دين ودولة ومن ثم فإن تقييد الاختيار بشرط الجنسية الإقليمية شرط يزكي مفهومها

لا يتسق مع وحدة العقيدة ويدرج عنصرا سياسيا في محكمة قضائية ثم إنه يقلل من فرص اختيار الأصلح من حيث أن منع اختيار أكثر من قاض من دولة واحدة قد يفوت على المحكمة بعض العناصر الجيدة التي تحتاج إلى جهودها في هذه المرحلة المتدنية من تجميع العالم الإسلامي حول مفاهيم قانونية إسلامية مشتركة . ولذا فإننا نعتبر أن القياس هنا على نظام محكمة العدل الدولية قياس بما لا يقاس ثم إن المحكمة الإسلامية ذات طابع عقائدي فهي تقضى بين دول ذوات عقيدة واحدة على أسس موحدة .

ويستلزم في عضو المحكمة أن يكون مسلما عدلا من ذوى الصفات الخلقية العالية ومن رعايا إحدى الدول الاعضاء ، وتلك شروط لاحلاف عليها سوى أنها حصرت الاختيار في رعايا الدول الاعضاء وهذا نص قد يكون له مبرره ولكن عالمية الإسلام كاد تقتضى أن نستبعد هذا القيد مادام أن الكفاءة والإسلام والعدالة وسمو الاخلاق قد توافرت في القاضى ، ولعل المستقبل القريب يأتى بما يعنى عن الإنقاء على هذا الشرط .

وينبأ ألا يقل عمر القاضى عن أربعين عاما وذلك شرط يسائر المنطق الإسلامى لأن تلك هى السن التى يبلغ فيها المرء أشده « حتى إذا بلغ أشده وبلغ أربعين عاما » (الاحقاف / ١٥) وهى سن النبوة .

ويتطلب نظام المحكمة في القاضى أن يكون من فقهاء الشريعة المشهود لهم وله خبرة في القانون الدولى وأن يكون مؤهلا للتعين في أرفع مناصب الافتاء أو القضاء في بلاده . إن هذا الشرط يستوقف المرء لانه يضع حكما في نقطة خلافية . ذلك أن الفقه — كما قدمت — على خلاف حول شروط القاضى فهناك من يشترط فيه الاجتهاد وهناك من يكتفى فيه بالتفقه . وواضح من النص أنه انحرأ إلى الفريق الذى يكتفى أن يكون من فقهاء الشريعة المشهود لهم وأن يكون قد بلغ بفقهه مرتبة تؤهله للتعين في أرفع مناصب الافتاء أو القضاء في بلاده ، ولو أن هذا معيار شخصى من حيث أن اعتبارات التأهيل هذه قد تختلف من دولة إلى أخرى وقد يمثل هذا الاختلاف بونا شاسعا في الفوارق .

أما شرط اخيرة في القانون الدولي فشرط مطاط لأن مدى هذه الخبرة وفحواها أمر قد لا تتفق عليه الآراء ، وأغلب الظن أن القانون الدولي المقصود هنا هو القانون الدولي العام ولو أن إطلاق التعبير في النص يمكن أن يسمح بصرف المعنى إلى كل من القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص ، وهذا المعنى الموسع هو ما أفصله لأن الإلمام بأحكام القانون الدولي الخاص له جوابه اقامة بالسلة للقاضي الدولي . وأيا كان الرأي فإن النص لم يتطلب في القاضي أن يكون محمدا ولا حتى فقيها في القانون الدولي لأن الخبرة — في رأيي — دور التفقه وربما انصرف التعبير إلى الحاجة العملية أكثر منه إلى الحاجة الفقهية وإن اتمنى على الله أن يكون قيام المحكمة فاتحة الخير كمي بتوافر اسانذة السريعة الإسلامية على دراسة القانون الدولي نوطئة لتطوير أحكام القانون الدولي الإسلامي ، لاسيما في نطاق العلاقات، السلمية .

وتتضمن المواد (٥ — ٧) بيان الإجراءات التي تتبع لانتخاب اعضاء المحكمة وحالة استقالة القاضي وضمانات إقالته ومعالجة الوضع عند خلو المنصب ، وهذه كلها مستعارة على نحو أو على غيره من العمل الدولي المعاصر وتدخل — من حيث الممر — في العلم بشئون الدنيا ولذا فلا أرى مانعا من أن تنقلها النظرية الإسلامية .

وتحرم المادة الثانية على العضو أن يمارس مهام سياسية أو إدارية أو أية مهنة أو يقوم بأى نشاط لا يتفق وكرامة القضاء واستقلاله أو أن يعمل مستشارا أو وكيلا أو محاميا أو محكما أو يشتغل بأى عمل مهني يتنافى وعضويته في المحكمة ، كما لا يجوز له أن يشترك في الفصل في أية قضية سبق عرضها عليه بوصفه عضوا في محكمة وطنية أو دولية أو لجنة تحقيق أو أية صفة أخرى . وعند قيام الشك في ذلك تفصل المحكمة في الأمر . وهذه كلها أحكام تستهدف البعد بالقاضي عن مواطن الشبهات وتسايها الممارسة الدولية المعاصرة وماهى إلا صياغة حديثة للنظرية الإسلامية التقليدية التي تأمر بأن يترك المرء مايريه إلى مالا يريه فمن حام حول الحما أو شك أن يقع فيه .

وتشترط المادة التاسعة أن يخلف كل عضو في أول جلسة علنية اتخمين التالية : « أقسم بالله العظيم أن أتقى الله وحده في أداء واجباتي وأن أعمل بما تقتضيه الشريعة الإسلامية » .

إن اشتراط القسم كضمان لصدق العزيمة ليس من الأمور المستعربة ولكنه في هذا المقام بدعة نقلها نظام المحكمة عما يجري عليه العمل الدول الراهن . وكنت أفضل لو أن نظام المحكمة أغفله فهذا لم يجر عليه الأمر في العهد الأول من الإسلام وقد يشير من طرف خفي إلى أن الاطمئنان إلى القاضي على الرغم من الشروط التي أسلنت وجوب توافرها فيه — ليس قاطعا . ثم إن عبارة القسم تريد الطين بلة لأنه يخلف على التزام أحكام ميثاق المؤتمر الإسلامي الأمر الذي غشى على أن أتبين مقصوده بدقة . المقصود أن يتقيد القاضي بأحكام ميثاق المؤتمر وما يتبع ذلك بداهة هو التقيد بقرارات ذلك المؤتمر . فلو أن المؤتمر أصدر توجيها في قضية ما ، التزم القاضي في حكمه بذلك التوجيه ولو كان على خلاف ما يرى أنه هو الحكم الصحيح ؟ : ثم إن القاضي يقسم أيضا على العمل بأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد الدين والقول عندى ان التعبير (الشريعة والدين) بالسسة لاختصاص المحكمة متداخلا و كان يكفى الإشارة إلى أحكام الشريعة الإسلامية اللهم إلا إذا كان المقصود بالشريعة الإسلامية أحكام المعاملات وبالدين أحكام العبادات ، ومن ثم فهو يقسم على مراعاة أحكام الشريعة عملا وعبادة ، وتفسير النص على هذا النحو يثير تساؤلا حول معقبات ذلك على وضع القاضي ، فهل يجوز مثلا للمتقاضين مناقشة السلوك الديني للقاضي ورده عن نظر الدعوى لماخذ من المآخذ التعبدية عليه ؟ وهنا أذكر قول الحنفية فهم يجيرون تعيين الفاسق للقضاء ، مع الكراهية .

وتسمح المادة العاشرة للمحكمة وأعضائها ومواطنيها في بلدان الدول الأعضاء الحصانات والامتيازات المقررة بموجب اتفاقية حصانات وامتيازات المؤتمر الإسلامي سنة ١٩٧٦ .

وترتب المواد ١١ ن ١٦ بعض الأوضاع الخاصة بالمحكمة — فتين محل

إقامة رئيس المحكمة وأمانة المحكمة وعقد الجلسات وتخلي عضو المحكمة عن
الطَّر في قضية بعينها ، وتعالج الدوائر الخاصة التي يمكن أن تشكلها المحكمة
وحق الدول أطراف أية قضية في أن يكون لها قضاة يخلصون مع بقية أعضاء
المحكمة ويشاركون في الحكم على قدم المساواة مع سائر الأعضاء . وتلك
بمصوص يخاكى فيها نظام المحكمة الإسلامية نظام المحكمة الدولية ولكنى أرى
أن المحاكاة تفتقر إلى التوفيق في بعض الأحيان ، وحق الدول هذا بأن يجلس
قاص من حنيتها مؤقتا - واثناء نظر دعواها - مع باقى القضاة هو من
الأمثلة على ذلك . إن المحكمة الدولية تنظر قضايا بين دول قد تختلف عقيدة
وفكرا وتفرق بينها انقسامات سياسية واضحة أما المحكمة الإسلامية فتتظر
قضايا بين دول ترحداه عقيدة الإسلام وتقارب بينها مفاهيم وتحمعها أخوة
الإيمان التى تهدد من حدة الفواصل السياسية ، اللهم إلا إذا كان فى دهن من
وضع النص أن من دول المؤتمر الإسلامى دولا لا يعتبر الإسلام هو دينها
الرسمى ، وتلك مسألة أترك للواقع الحكم عليها . وربما كان الأوفق لو أد
اشترع نظر هنا إلى المذاهب الفقهية - مادام أنه يريد أن يخلص قاصيا
رديا - فسمح للدولة إذا كان مذهبها الفقهى غير يمثل أن تعين قاضيا يمثل
ولكنى أبدي هذا الاقتراح فى غير حماس لأننى آمل أن تكون المحكمة أداة من
الادوات الحميدة لإدابة الفوارق المذهبية وترجيح الأحكام الأسب من بينها
فتفصى بذلك على قدسة وثية اقتضاها الرأي العام الإسلامى المعاصر على
أصحاب المذاهب الفقهية .

وتتكلم المادتان ١٧ ، ١٨ عن المكافآت ومصاريف المحكمة الأخرى
وتحول م ١٩ للمحكمة حق وضع لائحتها الداخلية وتنضس م ٢٠ الأحكام
المتعلقة بالسجل .

وتحدد م ٢١ الاختصاص الشخصى للمحكمة فنصرفه إلى الدول أعضاء
منتظم المؤتمر الإسلامى ، أما غيرها من الدول فيجوز أن تلجأ إلى المحكمة
ولكن بالشروط التى يضعها مؤتمر وزراء الخارجية . وعضوية المؤتمر طبقا

للمادة ٨ من ميثاق المؤتمر تشمل الدول المشتركة في مؤتمر ملوك ورؤساء الدول والحكومات الإسلامي بالرباط والدول المشتركة في مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامي في حدة وكراتشي والموقعة على الميثاق . وبحق لكل دولة إسلامية أن تنضم إلى المؤتمر الإسلامي بطلب . ومن ثم فإن السؤال هنا يدور حول الدول التي ليست عضوا في المؤتمر وتريد أن تلجأ إلى المحكمة ، أهى الدول الإسلامية فحسب أم هى أية دولة سواء كانت إسلامية أم غير إسلامية مادام أن لجؤها إلى المحكمة مشروط بما يتطلبه منها وزراء الخارجية .

كذلك لنا أن نساءل عن الانضمام إلى عضوية نظام المحكمة وهل يجوز لأية دولة أن تنضم إلى ذلك النظام أم أن هناك شروطا معينة يجب أن تتوفر في الدولة كي تصلح للانضمام . إن هذه الشروط هى بداهة شروط الانضمام إلى المؤتمر الإسلامي وعلى الرغم من الملاحظات التى أبدتها على عضوية المؤتمر فإن الذى يتردد في أروقة المؤتمر أن هناك شروطا لابد من توافرها كي تصلح الدولة للعضوية الإسلامية ، تلك هى أن يكون رئيسها مسلما وأن تقر عدد الطلب الانضمام بأها دولة إسلامية ويرد نص بذلك في دستورها وأن تكون غالبية سكانها من المسلمين .

وتأود م ٢٣ للدول الاعضاء — وهذا يعنى أن النص لا يصرف إلى غير الاعضاء — بأن تتقدم بطلب إلى المحكمة للسماح لها بالتدخل في قضية معروضة .

أما ولاية المحكمة فتشمل — طبقا للمادة ٢٥ — مايل :

أ — القضايا التى تتفق الدول الأعضاء المعنية على إحالتها إليها .

ب — القضايا المنصوص على إحالتها إلى المحكمة في أى معاهدة أو اتفاقية نافذة .

والأحظ هنا أن الاختصاص شامل فهو لم يحصر القضايا في نوع معين ولم يشترط — لاسيما في الفقرة الأولى أن يكون النزاع ذات طبيعة دولية . كذلك

فقد غاير النظام بين المعاهدات والاتفاقيات وكان يمكنه الاستعانة بالاتفاقيات — بوصف أنها تعبير أعم — عن المعاهدات ولعله قصد بالمعاهدات الوثائق ذات الطبيعة التشريعية الغالبة وبالاتفاقيات الوثائق ذات الصيغة التعاقدية الغالبة فضلا على أن النص على هذا العموم يجعل على أنباء — لاسيما في ظل الظروف الحارية — عما إذا كان اختصاص المحكمة قاصرا على علاقات السلم أم أنه يمكن أن يمتد إلى علاقات الحرب كذلك .

ج — تفسير معاهدة أو اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف .

د — بحث أى موضوع من موضوعات القانون الدولى . ويستوفى هذا النص لأن نظام المحكمة يشترط في القضاة الخبرة بالقانون الدولى . فإن كان من اختصاصهم بحث أى موضوع من موضوعات القانون الدولى وكان الأمر متعلقا بالقانون الدولى المعاصر فإن ذلك يعنى أن الخبرة يجب أن تتجاوز معاها المتعارف عليه لتصل إلى معرفة تؤهل للبحث والتضاء . ثم إن تفسير النص على أنه يعلق بالقانون الدولى المعاصر — وهذا هو التفسير الراجح عندى — يعنى أن نطاقه مجالا تنس فيه المحكمة الإسلامية مع المحكمة الدولية . وأغلب الظن أن هذه المنافسة ليست لإصالح المحكمة الإسلامية — لاسيما في باكورة قيامها — لأن قضاء المحكمة الدولية أكثر تجهزا وخبرة في مجال القانون الدولى من قضاء المحكمة الإسلامية ، ثم إن هذا لا يتفق مع م ٢٧ / أ من نظام المحكمة الإسلامية .

هـ — تحقيق واقعة من الوقائع التى إذا ثبتت كانت خرقا لالتزام دولى . ومرة أخرى اسأل هل الالتزام الدولى طبقا للقانون الدولى المعاصر أم الالتزام طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية . ومرة أخرى نلمح بصحاح نظام محكمة العدل الدولية واضحة بسبب فرط حرص من صاغ النظام .

و — تحديد نوع التعويض المترتب على خرق التزام دولى ومدى هذا التعويض . وهناتكرر ملاحظتى السالفة بشأن نوع الالتزام الدولى .

حرص نظام محكمة العدل الدولية على تجنبها بتحديد القضايا التي يجوز فيها قبول الاختصاص الإلزامي .

وتنص م / ٢٧ على القانون الواجب التطبيق فتقرر أن :
أ — الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي الذي تستند إليه المحكمة في أحكامها .

ب — تسترشد المحكمة بالقانون الدولي والاتفاقات الدولية الثابتة أو متعددة الأطراف أو العرف الدولي المعمول به أو المبادئ العامة للقانون أو الأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية أو مذهب كبار فقهاء القانون الدولي في مختلف الدول .

والمادة في مجموعها تعكس ماسبق أن قدمته من أن هناك دورا تبادليا بين النظرية الإسلامية والقانون الدولي المعاصر وأن المجال الاغلب في هذا الدور هو للشريعة الإسلامية فالشريعة الإسلامية تحكم ولا يحكم عليها . ولكني آخذ على النص :

أ — جعل الشريعة الإسلامية هي المصادر الأساسية وأطلق التعبير في الشريعة الإسلامية — وعند الاطلاق — لتشمل المعاملات والعبادات . ولا أحسب أن من القضايا التي ستعرض على المحكمة قضايا تتطلب الفصل في بعض الأمور التعبدية ولعل النص هنا أراد أن يطلق التعبير العام وهو يقصد به المفهوم الخاص بالمعاملات .

ب — ان حصر دور القانون الدولي في أن يكون مصدرا ثانويا يدفعنا إلى التساؤل عن كيفية التوفيق بين هذا النص وبين الاختصاص النوعي الواسع الذي منح للمحكمة في أمور تتعلق أصلا بالقانون الدولي ، وهل يعنى هذا أن المحكمة سوف تبحث موضوعات القانون وتحقق في الوقائع التي تنتهك وتقضى في التعويضات المترتبة على ذلك طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ؟ إن الراجح عندي هو أن وضع نظام المحكمة قد خلط الأمور فهو قد استقى فكرة من نظام محكمة العدل

الدولية . ولكنه أراد ان يلونها باللون الإسلامى فكان منبتا وحيات
بصوره ممسوخة فى كثير من المواضع .

ج — بل إن من نقل عن نظام محكمة العدل الدولية لم يحسن قراءة نظامها
فهو قد نقل الفقرة ب أعلاه عن م / ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية
ولكنه لم يتسه إلى أن صدر المادة فرض على المحكمة العالمية ان تطبق
أحكام القانون الدولى عموما ثم راحت المادة بعد ذلك تفصل الأدلة
التي تستمد منها تلك المحكمة احكام القانون الدولى . أما من دبحم
٢٧ / ب من نظام محكمة العدل الإسلامية فقد حلط بين القانون
الدولى وادلته فذكر القانون الدولى فى تصوره للقانون الذى يمكن أن
تسترد به المحكمة ثم أضاف إليها صورا اخرى هى فى الحقيقة أدلة هذا
القانون وليست صورا منه .

د — وقد عدد الأدلة دون أن يتحرى الدقة فهو قد ذكر المبادئ العامة من
بين ماتسترد به المحكمة دون بيان أى المبادئ العامة يقصد . إن نص
م ٣٨ يحدد تلك المبادئ بأما المبادئ التي تقرها الدول المتمدينة فإن
نحن تركنا المصطلح دون قيد أطلقنا الأمر وتركنا العنان ولهذا التشور
خطورته فى محكمة يتأرجح نظامها بين الشريعة الإسلامية والقانون
الدولى .

وتذكر المادة / ٢٨ أن « العربية لسان القرآن المين لغة المحكمة الأولى وهى
مع الإنجليزية والفرنسية اللغات الرسمية المعتمدة » . إن هذه المادة التي صاغت
حكمها فى عبارة شاعرية لم تألفها الصياغة القانونية قد اثبتت حكما بلا معنى
عندما قررت أن اللغة العربية هى لغة المحكمة الأولى ثم سككت فلم ترتب على
تلك الأولوية اثرا قانونيا — فيما عدا ما جاء فى م ٥٠ — إذا سوت بينها وبين
اللغتين الإنجليزية والفرنسية . ولعلها أرادت بهذا الوصف الرقيق أن تستحث
الدول الاعضاء على الاهتمام باللغة العربية والعمل على إحلالها المكان اللائق بها
فى العلاقات الدولية . ولكنى أجد للنظام عذره فى اعتبار اللغتين الاجنبيتين

بمثابة لغات رسمية إذ لارالت العربية لغة غربية بالنسبة للعالية العضى من المسلمين .

وتتكمّل انواد ٢٩ — ٤١ ببيان آداب التقاضى — أى احكام المرافعات بالتعبير الحديث — فتعالج ظروف رفع الدعوى ، واجراءات نظرها والإعلانات القضائية وتسير الدعوى وتلقى البيانات والتدابير المؤقتة وتمثيل الأضراف والتخلف عن الدعوى .

وتمنح م ٤٢ للمحكمة حق الافشاء ، فى المسائل القانونية غير المتعلقة بنزاع معروض عليها وذلك بطلب من اية هيئة مخولة بذلك من قبل مؤتمر وزراء الخارجية . وهكذا أوجد نظام المحكمة هيئة دولية اسلامية للافتاء . ولكنه لم يعط حق طلب الفتوى للدول بل اعطاه للهيئات فترق بذلك فتقا فى التنظيم الدول الإسلامى إذ يضاف جهدها إلى جهد مجمع البحوث فى المؤتمر . ولكن حق الافشاء يتطلب مزيدا من التدقيق فى المستوى الفقهى الذى يجب أن يكون عليه القضاء . ولا أدرى هل يكفى فيه ما اشترطه نظام المحكمة من مؤهلات فى القاضى . والذى يبدو من العبارة العريضة التى ورد بها النص أن الفتوى قد تكون فى مسألة شرعية وقد تكون فى مسألة دولية ، وقد رسمت المواد ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٧ اجراءات اصدار الفتاوى ونشر الاحكام والفتاوى . وأود أن أضيف هنا أن جمهور الفقهاء المسلمين يكره للقاضى أن يفتى فى مجلس القضاء ، ولذا يجب مراعاة ذلك فى وصف الوظيفة الافتائية للمحكمة .

ومن الطريف — والغريب ايضا — أن المادة / ٤٦ تميز للمحكمة « أن تقوم — عن طريق لجنة من الشخصيات المرموقة — أو عن طريق كبار المسؤولين فى جهازها بالوساطة والتوفيق والتحكيم فى الخلافات التى قد تنشأ بين عضوين أو أكثر من أعضاء منظمة المؤتمر الإسلامى إذا أبدت الأطراف المتنازعة رغبته فى ذلك ، أو إذا طلب ذلك مؤتمر القمة الإسلامى أو المؤتمر الإسلامى لوزراء الخارجية بتوافق الآراء » . وأغلب الظن أن هذه المادة تعالج الحالة التى يراد فيها الفصل فى النزاع طبقا لقواعد العدل والقسطاس لأن

اعضاء الهيئة التي تشكل لا يشترط فيهم تفقه في الشريعة ولا خبرة بالقانون الدولي وإنما اشترط أن يكون الشخص مرموقاً أو من كبار مسئولى المحكمة . ووجه الغرابة أن القرار لا بد أن يكون له سند من الشريعة الإسلامية مادام أنها هي المصدر الأساسى الأول فكيف يمكن لأعضاء المحكمة مراعاة ذلك وهم غير مؤهلين له ، أم هل قصد النظام إلى صورة من صور فض النزاع يكون فيها القرار مستنداً إلى اعتبارات رمزية وضعية خالصة دون التقيد بأحكام الشريعة . فإن صح هذا التصور وإن أحب أن استعده فلا ننسى أن القرار مسوب للمحكمة أى لمحكمة العدل الإسلامية وربما كان الأفضل لو أن دور المحكمة اقتصر على اختيار الوسيط (المحكم أو الموفق) دون أن ينسب نشاطه إلى المحكمة .

وترتيب م ٤٨ اجراءات تعديل نظام المحكمة . أما م ٤٩ فتقرر أن يبدأ سريان نظام المحكمة بمجرد ايداع ثلثي تصديقات الدول الاعضاء وفق احكام المادة / ١١ من الميثاق .

وتختتم المادة / ٥٠ نظام المحكمة بالنص على أن النظام « حرر باللغات الرسمية الثلاثة للمنظمة وكلها متساوية في حجتها » وعند الخلاف حول تفسيره أو تطبيقه تكون اللغة العربية هي المرجع » .

ومن الطلى أن أختتم تعليقي على نظام المحكمة بأن ما أبدته من ملاحظات لا يقلل من سعادتي بتلك الخطوة المباركة والبادرة المستحسنة التي طال انتظارنا لها . وإنه لأمر طبيعي أن تنسم المحاولة الأولى ببعض الهنات وأن يتتابها قدر من اللمم ، ولكن التجربة والخطأ هما السبيل إلى الصواب بإذن الله . ولعل المحكمة تكون بتوفيق من الله قطر غيث ينهمر وبشرى أمر يستقر . وإذا كانت المحكمة — كمنتظم دولي — هي منتظم إقليمي فإنها ليست بذلك بدعة في العلاقات الدولية فقد قامت محكمة عدل لدول أمريكا الوسطى ردحا من الزمن كما سبق أن أعدت جامعة الدول العربية مشروعاً لمحكمة عدل عربية ، وتشهد اليوم من بين ما نشهد محكمة عدل أوروبية .

ولا أود أن أترك هذا المقادير دون أن أشير إلى رأى لأحد علماء المسلمين المحدثين وهو الفقيه الكسنانى أبو الاعلا المورودى الذى أئدى رأيا بشأن القضاء فى الباكستان ولكن عبارته من العموم حيث تعيد أن هذا هو رأى بالسنة للقضاء عموما . يدعو صاحب الرأى إلى إصلاح بتحقيق أمور فى غاية الأهمية عنده وأولها وهو الذى يهملها هو إلغاء مهنة المحاماة . فالحقيقة عنده أن الإسلام يأتى تلك الحرفة ولا يفرد لها مكانا فى بنية النظام القضائى لأنها تقيض لروحه وتقاليده وهى بدعة لم يكن يسير عليها المسلمون فى عهد سابق على سيطرة الحكم الغربى على المسلمين . والإسلام بطبيعته يأتى ألا ينال المؤمن حقه إلا بعد أن يدفع ثمنا لذلك عند العدالة ، يقصد طمعا أتعاب المحاماة . (أبو الاعلى المورودى — نظرية الإسلام ترجمة دار الفكر سنة ١٩٦٠ ص ٢١١ — ٢٢٦) . وهذا رأى يصدر فى تقديرى عن مسلم يتحمس لديه ولعله متأثر بما هو شائع عند بعض العامة من أن المحاماة مهنة تصلل العدالة ، ولكن المتدبر للامور فى هدوء وروية لابد أن يخذ تدعيم مهنة المحاماة فى إطارها القويم فإخامى كما يقولون هو قاض واقف وتبعاً فإم مؤهلاته هى مؤهلات القاضى ، وما أجمل أن تشهد ساحات العدالة حواراً بين متفقيين حول أمر ما — هو موضوع القضية — فىكون كل منهما معبياً للآخر للوصول إلى الحقيقة . وأى فرق هنا بين إخماس وبين وكيل القوم إذا تعددت أشخاص أحد أطراف القضية . وإنى أذكر هنا على سبيل المثال قضية سمرقند التى اشتكى فيها أهل سمرقند من جور قائد جيش المسلمين فطلب القاضى إليهم أن يختاروا من يعرض ظلامتهم ، فكان ذلك عندى بمثابة محام يترافع باسم القوم وينافح أمام القاضى عن دعواهم ، وكان ذلك فى عهد الخليفة الراشد الخامس عمر بن عبد العزيز .

والطريف أن نظام المحكمة لم يشر إلى ما يتمتع به أعضاؤها من حصانات وامتيازات مع أن هذه الحصانات والامتيازات ليست غريبة على الممارسة الإسلامية الدولية ومن سوابقها ما نشر من حصانات للمحكمين الذين عينا للحكم فى الخلاف بين على بن أبى طالب ومعاوية وما منحا من أمان على

أرواحهما وأموالهما ، وقد يكون في حصانات وامتيازات منتظم المؤتمر الإسلامي غناء عن ذلك .

استطرد : التحكيم في النظرية الإسلامية :

قلت إن القضاء في الإسلام قد يكون قضاء عاديا وقد يكون قضاء استثنائيا . أما القضاء العادي فهو قضاء المحاكم ويديره القاضي . وأما القضاء الاستثنائي فهو قضاء المظالم وهو قضاء ذو سمة سياسية ، ولذا فهو أدخل فيما يطلق عليه الفقهاء « السياسة الشرعية » . والفرق بين القضائين أن قاضي المظالم له سلطة تقديرية واسعة ولا يتقيد بالاجراءات التي يسير عليها القضاء العادي . ثم إنه قد يفصل في منازعات تتعلق بالجماعات والهيئات . ومن هنا فإن قاضي المظالم لابد أن يتمتع بسلطة واسعة وولاية قادرة حتى يستطيع أن يفرض أحكامه ، فلا غرو أن يكون قضاء المظالم في بدايته هو من الولايات المباشرة لإمام المسلمين .

والحق أن التحكيم صورة من صور الفصل في المنازعات ولذا فإن مجال الكلام عليه يتصل بداهة بالكلام عن القضاء . وقد عرف العرب التحكيم منذ جاهليتهم بتولية رئيس القبيلة أو الكاهن أو واحد من مشاهير الرجال لاسيما خلال المواسم السنوية مثل سوق عكاظ .

وقد أشار القرآن الكريم إلى التحكيم وجعله ملزما في حالتين : (١) الاحتكام إلى الرسول ﷺ « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما » النساء : ٦٥ . (٢) الأحتكام إلى فرقاء من اهل الزوجين عند احتدام الخلاف بينهما . ولذا فقد أقرت النظرية الإسلامية نظام التحكيم لانه يتفق وغاية الإسلام وروحه . لعل ابرز مثل للتحكيم في التاريخ الإسلامي هو التحكيم بين الرسول وبنى قريظة ومن بعده التحكيم بين علي بن ابي طالب ومعاوية بن أبي سفيان . واستادا إلى سابقة الرسول بشير الشيباني على الإمام بأنه يجوز

للمسلمين أن يوافقوا على أن يعرض على ثالث النزاع الذي يتردد حول أمور تتعلق باهتاء القتال أو إنهاء معركة فعلية .

وقد حصصت مجلة الأحكام العدلية فصلا بداته للتحكيم صمته المواد (١٨٤١ — ١٨٥١) . والواقع أن الفقه التقليدي لم يول التحكيم اهتماما كبيرا من حيث الدراسة والتفصيل . وأغلب الظن أنه اتخذه الفقه حيل التحكيم يمكن أن ينقسم إلى قسمين :

١ — اتجاه ينظر إلى مشاركة التحكيم على أنها عقد بوصفها عرض وقبول . وينشطر هذا الاتجاه شطرين فريق يرى أن مشاركة التحكيم عقد صحيح ولكنه غير ملزم ذلك أنها ليست من بين العقود المسماة التي تكلم عنها الفقه على أنها ملزمة . ومن ثم فإن أطراف التحكيم يستطيع أى منها أن يتقاعل الالتحاء إلى التحكيم ولكن خلافا يثور بين أصحاب هذا الرأى فهم من يرى أن حق التقاعل يسقط بمجرد أن يبدأ المحكمون فى مباشرة مهمتهم ومنهم من يرى أن هذا الحق لا يسقط إلا بصدور حكم التحكيم . ذلك أن الحكم يعتبر أنه صادر عن وكلاء الأطراف فى حدود ما لهم من وكالة .

وتميل الملة إلى هذا الرأى فهى تعالج التحكيم على أنه عقد ولذا ترتب أوصافا للتحكيم هى فى واقعها أثر للسمة التعاقدية غير الإلزامية للتحكيم . فهى تتطلب أن يصدر الحكم بإجماع المحكمين ولا تجيز أن يكون لأى محكم رأى فردى (م ١٨٤٤) لأن الإجماع هو الذى يعبر عن ارادة الطرفين . ويجوز لأى طرف أن يعزل محكمه مادام أن الحكم لم يصدر إلا إذا كان القاضى قد صدق على تعيين الحكم فعندئذ لا يجوز لأى من أطراف التحكيم عزله (م ١٨٤٧) . بل إنه يجوز لأى طرف عزل محكمه حتى ولو كان الطرفان قد اتفقا على غير ذلك . إن التحكيم فى هذا الرأى أقرب إلى التوفيق منه إلى القضاء .

يد أن من الفقهاء من يرى أن التحكيم عقد صحيح وملزم بمقتولة إن التفرقة بين العقود المسماة وغير المسماة فى الشريعة الإسلامية تفرقة زمان ومكان ،

فما ذكره الفقهاء القدماء من عقود لا يعدو أن يكون تعدادا لما كان معروفا في زمانهم. وتعا فإن احكم على العقد من حيث الإلزام وعدمه الإلزام إنما يخضع للقاعدة العامة وهي أن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا يحل حراما أو يحرم حلالا . وليس في التحكيم — من حيث الأصل — ما يحل حراما أو يحرم حلالا . وتعا فإن مشاركة التحكيم عقد صحيح ولا يستطيع أطراف التحكيم التحلل منه إلا طبقا للقواعد العامة في العقود . وتلك على ما اعتقد كانت نظرة على بن أبي طالب في التحكيم بينه وبين معاوية إذ رفض أن يتحلل منه على الرغم مما يعاب على التحكيم من مثالب .

٢ — واتجاه عام آخر ينظر إلى التحكيم على أنه نوع من القضاء مستقل عن إرادة الطرفين وتعا فهو يعامل كحكم القاضي العادي من حيث الإلزام على الطرفين . وهذا الرأي ورد عن الشافعي ، كما ورد عنه ما يفيد النظرة التعاقدية كذلك .

ويشترط جمهور الفقهاء لسلامة التحكيم عدة شروط أهمها .

أ — أن يجري الاتفاق عليه من يملكون أهلية التصرف ، ومن ثم فلا يجوز لمن يسميهم الفقه بالمهجورين ، أي من لا أهلية لهم ، الاتفاق على التحكيم . وهنا يثور التساؤل عن الشخص المعصوم وهل يملك أن يبرم مشاركة للتحكيم ؟ لقد ناقشت مدرك الشخصية المعنوية في النظرية الإسلامية وأوضحنا أن جمهور الفقهاء لا يقر بالشخصية المعنوية وإن وجدت بعض تصورات لها وانتهت إلى أن النظرية الإسلامية تتسع لمدرک الشخصية المعنوية . ومن ثم فالقول عندى أن الدول — كشخص معنوى — تملك أن تبرم مشاركة التحكيم مادام أنها تتمتع بالأهلية التى تسمح لها بذلك ، وفى قول آخر مادام أنها تتمتع بقدر من السيادة يؤهلها للقيام بذلك التصرف . ولعل مناقشة مدى شرعية الشخصية المعنوية أصحت مسألة نظرية بعد أن اقرت تشريعات الدول الإسلامية فكرة الشخص المعصوم .

٢ — ان يكون هناك نزاع فعلا . ويشير هذا الشرط تساؤلا حول مدى سلامة شرط التحكيم الذي قد تتضمنه بعض العقود والمعاهدات ؟ . لم يهتم الفقه التقليدي بمناقشة هذه القضية ولعل عذره في ذلك أن اقتصاديات الحياة لم تكن تتطلب إدراج مثل هذا الشرط في العقود أو المعاهدات . ولكن بعض الفقهاء المتأخرين ذهبوا إلى بطلان هذا الشرط على أساس انه غرر ، ذلك أن الاطراف المتعاقدة أو المتعاهدة لاتعرف وقت الاتفاق على الشرط ماذا سيكون عليه الحال بالنسبة لهم عند نشوء النزاع الذي يقرر الشرط أن يسوى عن طريق التحكيم . ومن ثم فإن الشرط يبطل ويظل العقد صحيحا والمعاهدة صحيحة

وذهب آخرون إلى أن الشرط صحيح ولكنه غير ملزم ، وأولئك هم الذين يرون أن التحكيم أساسا صحيح ولكنه غير ملزم ، بيد أننا إذا أردنا أن ننتهي إلى الرأي الأكثر تمسحا مع منطق النظرية الإسلامية فإننا نحب علينا أن نناقش شرط التحكيم في محتوى احكام الشروط في الشريعة الإسلامية .

لقد اختلف الفقهاء حول الشروط ومتى تكون صحيحة ومتى تكون فاسدة ومتى تفسد العقد كله ومتى يبطل الشرط ويظل العقد صحيحا . وقد ناقشت ذلك وأنا بصدد الكلام على أحكام التحفظات في المعاهدات . والحق أن شرط التحكيم لاغرر فيه ولا مخاطرة فإن كل ما يستهدفه هو رسم طريق لإقرار الحق وتأكيدده ، ولذا فأنى اكتفى هنا بقول ابن تيمية وهو أن للشرط لا يكون فاسدا إلا اذا كان معارضا لغرض العقد أو محرما بنصر . ومن ثم فإن الشرط عند ابن تيمية يكون صحيحا ولو كان غير مناسب للعقد أو للمعاهدة . ويستند ابن تيمية في رأيه على عدم صحة الحديث الذي نسب إلى الرسول ﷺ من تحريم إبرام صفتين في عقد واحد .

والواقع أننا حتى لو سرنا على أن الحديث صحيح فإن الغاية منه هي منع التحايل بأن تخفى إحدى الصفقتين فائدة مبنوعة ، ومن ثم فإن شرط التحكيم لا يندرج تحت حكم الحديث لأنه ليس صفقة داخل صفقة ، ثم إنه لا يخفى

فائدة محرمة . وهكذا انتهى إلى سلامة شرط التحكيم الذي قد يتضمنه عقد
دولي أو معاهدة

٣ - أن يعين المحكم بالاسم وإلا فإن التحكيم لا يكون مبرما . ويجب أن
تتوفر في المحكم الشروط المتطلبة في التقاضي وأن يكون صاحبا لأداء الشهادة
ويحس أن يكون عارفا بالشريعة ، ولكن هذا ليس شرطا جوهريا . ويتترب
كثير من الفقهاء أن يكون المحكم مسلما فإن كان المحكم أحبيا حار للتقاضي
المسلم أن يطرح تحكيمه حاسما ولا يلتزم به أو أن يرفض اعطاء الصيغة
التعديدية المزمرة لا سيما إذا كان مخالفا للنظام العام الإسلامي أو حسن
الاداب . ويختلف الفقهاء حول حكم التحكيم وهل يعتبر حكما احسيا
لا تطبق عليه احكام الشريعة الإسلامية .

وهاك رأى يقول بخوار أن يكون المحكم غير مسلم قياسا على احكام
التحكيم بين الروحين قل التفريق بينهما ذلك أن القرآن الكريم يقضى بأن
يعتد حكم من أهل الروح وحكم من أهل الروجة فلو أن الزوجة كانت غير
مسلمة فإن أهلها - ومهم المحكم - غير مسلمين ، ومع ذلك فإن هذا
التحكيم - كما أسلفت - تحكيم إلزامي . ويذكرى هذا القول - على سبيل
القياس أيضا - أن النظرية الإسلامية تحيز للمسلم المقيم في الخارج أن يشهد
غير المسلمين إذا كان في مرض الموت .

والقول عدى إن الرأى في قبول غير المسلم محكما بين المسلمين يعتمد على
نظرتنا إلى طبيعة الحكم . فإن ذهبنا مذهب القائلين بأن التحكيم عقد حازر أو
يتفق الطرفان المسلمان على محكم غير مسلم . وإن اعتمدنا الاتحاد الذى يصف
التحكيم بأنه قضاء فإنه عندئذ يكون من الولايات العامة . ورأى الجمهور أنه
لا يجوز أن يتولى غير المسلم ولاية عامة على المسلمين لقوله عز وحل « ولن
يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (النساء / ١٤١) كما أن جمهور
الفقهاء على أن ولاية المسلم على غير المسلم ولاية عامة لاتصح ولا تثبت . وتبا
فلا يجوز أن يكون المسلم محكما بين غير المسلمين . ولكنى على فرض مسامرة

هذا الرأي — أركى ماقاله الكمال من حوار أن يتولى المسلم التحكيم بين غير المسلمين لأنه رأى حسن لاتأباه قواعد المذهب ، ذلك أن الولاية تثبت للمسلم على الكفار إذا كان سلطانا (بدران ابو العيين بدران — العلاقات الاجتماعية بين المسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية . الاسكندرية ١٩٨٤ ، ص ١٩٧) . كما لا ننسى أن رسول الله ﷺ كان هو المحكم الأعلى حتى بين غير المسلمين وذلك بأمر من القرآن . وإذن فالدولة الإسلامية يجوز لها — على رأى — أن تقبل تحكيم محكم أجنبي في نزاع بينها وبين دولة اسلامية ، ويتمتع عليها ذلك على رأى آخر . بيد أنني أرى كراهية أن تقبل الدولة الإسلامية محكما غير مسلم فيما يثور بينها من خلافات بل وحتى فيما يثور بينها وبين دولة غير إسلامية إلا إذا دعت إلى ذلك ضرورة ملحة حتى ولو سايرنا القول بأن التحكيم ذو صفة عقدية . ويبدو أن هذه الضرورة قائمة الآن بالنسبة للتحكيم الذي يكون أحد أطرافه دولة غير اسلامية ، لاسيما إذا كانت الدولة المخالفة من الدول الكبرى ، وذلك بسبب الظروف التي تمر بها الدول الإسلامية في عصرنا الحاضر .

فإذا قبلنا المحكم غير المسلم فإن حكمه لا يعتبر أجنبيا إلا إذا كان بين غير المسلمين .

ويبدو أن النظرية الإسلامية تفرق في هذه القضية بين القضاء والتحكيم فتشدد في عدم حوار تقليد (الذمي) للقضاء ، وتتساهل في حالة التحكيم .

وحكم (الذمين) في شعورهم الخاصة التي تتعلق بمعاملاتهم تفترض من قبيل التحكيم لا القضاء . غير ان الاحناف أجازوا تقليد الذمي القضاء بين (الذمين) والمستأمنين — دون المسلمين — وقالوا إن أهلية القضاء بأهلية الشهادة (محمد سلام مذكور — القضاء في الإسلام ، ص ١٢٤) .

ويطبق المحكم — في النظرية الإسلامية — الأحكام التي يراها مناسبة ولكن هذا لا يعنى تحرره من أحكام النظام الإسلامي كلية . وعليه أن يسبب حكمه وإن كان التفصيل في أليست ليس متطلبا .

وحكم المحكم نهائى وملزم وذلك استنادا إلى ارادة الطرفين عند من يرون أنه تعاقدى واستقلالاً عند من يرون انه بوج من القضاء ، وأثر الحكم قاصر على ضربه .

ويحور أن يعاب على الحكم مايعاب على العقد (كالحطأ) عند من يقولون بأنه تعاقدى ومايعاب على القضاء عند من يقولون بأنه قضاء . وأقف عند هذا الحد من الكلام على التحكيم توخيا للإيجاز كى لا أجاز إطار هذ السفر ، وأترك المرید من التفصيل لمراجعه إذا أراد الباحث أن يستزيد :

1- Meyer- Les Associations Musulmanes, Annales a L'ecole Libre des Sciences Politiques, 1885.

2- Moured, M.- Elude de droit Musulman et db DB droit Courumier, Berbere, Ancienne Maison Basride, Jordan, 1931.)

٣ — ادب القاضى للماوردى .

٤ — المعنى لابن قدامه .

٥ — معين الحكم للطرابلسى .

٦ — مهابة المحتاج للرملى .

٧ — تبصرة الحكم لابن فهوم .

٨ — رد اختار لابن عابدين .

٩ — الوجيز للغزالى .

١٠ — رسالة الدكتوراه التى قدمها عمر القاضى للجامعة بباريس / ١١ بعنوان

L'Arbitrage international enter le droit musulman: et le droit Fransais et Egyptien.

١١ — مقال باللغة الانجليزية أعده عبد الحميد الأهدب بعنوان The Muslin

Arbitration منشور فى Arab Comparative and Commercial law

Law ، ج ١ ، لندن سنة ١٩٨٧ ، ص. ٣٢٣ — ٣٨٩) .

استطراد · الحيل في الفقه الإسلامي ·

« الحيل » مصطلح يعرفه أكثر من فرع من فروع المعرفة : فهو في العلوم العسكرية يعنى المنكا . وأول كتاب إسلامي ألف في الحيل هذا المفهوم كان كتاب الحيل للحرري الشنغري وقد رفعه مؤلفه إلى الخليفة المأمون . وهناك عدة كتب أخرى تعالج الحيل من الزاوية الخيرية لعل أكثرها شهرة — بين القدماء — « التذكرة المروية في الحيل الخيرية » لعل بن أبي بكر الخروزي ، وكتاب الحيل في الحروب وفتح المدائن وحفظ الدروب وهو كتاب مسلم غير معروف . وإن سبأ أحيانا إلى الإسكندر المقدوني وتستند متروعة تلك الحيل إلى قول الرسول ﷺ « الحرب خدعة » .

كذلك عرف علم الميكانيكا عند المسلمين باسم « علم الحيل » لكثرة ما تحتويه مفاهيمه الهندسية من حيل علمية . ومن أهم الكتب التي ألقت في هذا الباب من الدراسة كتاب الحيل لموسى بن شاكر وكتاب في معرفة الحيل الهندسية لأن الرزاز الجرجاني .

وأحيل — في الدراسات الخنائية — هي حيل الشحادين والنصايين — والمؤلفات في هذه الأمور قليلة ، أذكر منها كتاب اختار في كشف الأسرار للمحافظ فقيه الكثير من تلك الحيل .

ولكن الحيل التي تستهم دراستنا هي الحيل الفقهية أي الحلول الذكية التي يستعان بها لتحقيق غايات يصعب تحقيقها إذا اتبعنا الحلول المباشرة التي تزودنا بها الشريعة العراء . ولذا فقد ارتأت زمرة من الفقهاء أن يخرج من هذا الحرج لا يتأتى إلا بالخروج على تلك الحلول المباشرة بغية تحقيق النتيجة المرجوة والمثل يوضح ما أقول : تحرم آيات القرآن الفائدة الربوية تحريماً قاطعاً ولكن هناك في الوقت ذاته حالات خاصة تمس فيها الحاجة للتعامل بالفائدة في المعاملات التجارية . ولذا فقد تعاليل نفر من الفقهاء لإشباع تلك الحاجة دون الخروج على النصوص وتذرعوا لذلك بعدة حيل أشهرها هي قاعدة « بيعه ببيعة » . ومن صيغ تلك القاعدة — على سبيل البيان — أن يقوم المدين المنتظر بيع

سلعة نقدا إلى الدائن المنتظر سعر معين ثم يقوم الدائن المنتظر مباشرة ببيع السلعة ذاتها إلى المدين المنتظر سعر أعلى ولكنه مؤجل . فهنا نحن أمام عقدى بيع صحيحين يعقدان طبقا للأحكام الشرعية ولكن الفرق بين السعرين يمثل الفائدة المطلوبة . ولذا تسمى هذه الصفقة بالمحاطرة أو المعاملة ، وقد كثرت تلك العادة في المدينة منذ عهد مبكر تتعاصر بداياته مع مآلث .

ويمثل فقه الخيل هذا نظرة واقعية تريد أن تربط حاجة الناس العملية بأحكام الشريعة النظرية ، ذلك أنها تقوم عادة على عدة صفقات كل منها شرعى في ذاته ولكن تصل في مجموعها إلى نتيجة غير التى قد نصل إليها لو أننا طبقنا الأحكام المباشرة في النظرية الإسلامية . ولذا فقد غلب على الناس — عندما يلجأون للحيل — أن يرموا كل صفقة من الصفقات المرتبطة في وثيقة منفصلة . بيد أن هذا قد يسمح لأحد الأطراف بأن يستفيد من هذه الوثائق المتعددة على نحو يخالف ما أراد الطرفان التوصل إليه من جمعها ، ولذا حرت العادة على أن تودع الوثائق لدى شخص ثقة ومعها وثيقة غير رسمية توضح العلاقة المصلحية التى يستهدفها الطرفان من وراء تلك الوثائق محتمة ، وعندئذ يحرص الوديع على عدم تمكن أى من الطرفين من تجاوز الغرض المشترك فيسلم كلاهما الأوراق التى يحق له استخدامها في مرحلة بعينها من العلاقات المتبادلة بحيث لا يتمكن الآخر من إفساد الصفقة .

كذلك فقد تستخدم الخيل لتفادى الالتزامات التى يرتبط بها أصحابها تحت القسم أو التى يتعهدون بها بإيراده فردية اعتادا على تسلسل وقائع معينة . ولعل هذا الاتجاه يرتبط بموقف الفقه من تفسير الأحكام المتعلقة بهذه الأمور تفسير مضيقا أو نصيحة بعض الفقهاء بأن ينحو الناس منحى استخدام الألفاظ الغامضة التى تختمل عدة تفسيرات . ويعتمد اصحاب هذا المذهب على قول لعمر « إنه في معرض الكلام لا مندوحة عن الكذب » ، أى استخدام التعبيرات غير الواضحة . بيد أن هناك حديثا ينسب للرسول ﷺ بأن الكذب حسب كذبا إلا في حالات ثلاث : إذا كذب المرء لإقامة السلم بين

الفرع الثالث

فى العرف

(وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا)

تعريف وتحديد .

يفغيب عن انتباه الباحث فى النظرية الإسلامية أن أحكام العرف لم تلق من الاهتمام إلا الزر اليسير على الرغم من اقرار العلماء بعدة مصطلحات لها علاقة بالموضوع ، مثل العرف والعادة والتعامل وعموم البلوى .

والعرف لغة هو المعروف — وهو خلاف المنكر — وماتعارف عليه الناس فى عاداتهم ومعاملاتهم — واسم من الاعتراف ، يقال له على مائة عرفا ، وشعر عرق العرس ولحمة مستطيلة فى أعلى رأس الديك ، والمكان المرتفع ويقال عرف الجبل ونحوه لظهيره واعلاه وموج البحر والجمع أعراف . ويقال طار الطير عرفا عرفها بعضها خلف بعض وخاء القوم عرفا بعضهم وراء بعض والعرف الذى نقصد إليه هنا هو دليل ينبع من ارادة الشعب فهو صورة لممارسة الشعب لسلطاته التشريعية بطريقة مباشرة وذلك يقابل الاجتهاد السلطانى الذى هو ممارسة الحكام لسلطاتهم التشريعية ، فلا عجب إذن أن يقوى دور العرف فى المجتمعات التى يتسع فيها سلطان الارادة الشعبية ويضعف اضطرادا مع ضعف ذلك السلطان . ولذا نرى أن المشرع يفرض شروطا يتطلب ضرورة توافرها لقيام العرف ، وذلك فى محاولة للسيطرة على السلوك الشعبى ومدى قدرته على وضع القواعد القانونية . فهو يحدد للعرف موزعا يعمل فيه ومرتبة لايتعدها فإن تجاوز ذلك كان نصيبه الرفض والالغاء . ونرى من الموازنة بين مركز العرف فى الفقه الإسلامى ومركزه فى القوانين الوضعية

أن العرف في الشريعة الإسلامية أوفر حظا من العرف في النظرية الوصعية . وإذا كان العرف قد تحجى عن مكاته الأولى في بعض الدول لانتقال سلطة التشريع من الشعب إلى منتهبه فإن العرف لا زال له مكاته في النظرية الإسلامية لأن إرادة الشعب أقوى فيها من إرادة الشعب في العقد العرفي .

وبعد الفقه الإسلامي من حيث المفهوم القانوني بين مصطلحي « العرف » و « العادة » على خلاف الفقه المعاصر الذي يطلق « العادة » على الركن المادي للعرف ، أي تكرار السبر على سلوك بذاته لفترة رمنية . وإن وإن اتبعت درب الفقه الإسلامي لأفضل أن يتبنى الفقه الإسلامي تلك التفرقة فالعادة أعم من العرف والعرف نوع من العادة لأن العادة مأخوذة من العود أو المعاودة بمعنى التكرار .

لقد جاء الإسلام وللعرب عادات وتقاليد فيها الصالح والعاسد وقد احتلظت فيها بقية من شرائع سابقة ، والإسلام دين إصلاح نزل هداية الشريعة والخروج بها من الظلمات إلى النور فهو لم يأت كى يقطع كل وتبيحة بالحضارات الإنسانية أو ليهدم المديان السابقة وإنما جاء ليقرود مسيرة التاريخ الإنسانى على الطريق القويم والمهج المستقيم . ولذلك وقف الرسول ﷺ من عادات العرب مواقف مختلفة فأقر بعضها وألغى أخرى كما عمد إلى طائفة ثالثة فأبقى أصلها وعدل راسمها . فهو مثلا هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاحا خطب فيه المرأة إلى وليها ويقدم لها خاطبها صداقا ثم يعقد أمام شهود بقصد إغلاها . وبقى نظام القصاص في القتل بعد أن أذهب عنه عنت الجاهلية ، ذلك أن ماتعارفه الناس ولم يكن فيه حكم مقرر يوزن بميزان المصلحة بعيدا عن الأهواء والشهوات ، وبمقدار مافيه من منافع أو مضار يباح أو يمنع . ولذا نجد أن رسول الله نهي عن أشياء نهيا عاما ولما وجد لقومه عادات تخالفها في بعض أفرادها استشى موضع العادة ورخص فيه دفعا للحرج كبيع السلم والترخيص في العرايا ، وهكذا فتح الباب لملائمة هذه الشريعة للحياة .

أقسام العرف .

قلت إن العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه في غالب قوهم ومعلهم .
ولذا فإن العرف قد يكون عمليا — ويعادل الفقهاء المسلمون يسه وبين
العادة — أي ما تعارف الناس على عمله . وقد يكون قوليا — أي ما تعارف الناس
على قوله . والعرف في صورته إما عام أي يجري بين أهل البلاد جميعا في زمن
بعضه ، وإما خاص أي قاصر على منطقة محددة أو بلد بداته .

والعرف العملي العام هو ما تعارف عليه أهل البلاد جميعهم عمليا كارتداد
بعض الأماكن العامة مثل المقاهي والفنادق — دون استثناء . والعرف العملي
الخاص يخص الناس في أماكن محددة كتعارف بعض العوائل على أن يهيء أهل
العروس طعام الفطور للعروسين .

والعرف القولي العام مثل استخدام لفظ الطلاق في معنى إهـاء الرابطة
الزوجية مع أن الطلاق في أصل اللغة يعنى رفع القيد . والعرف القولي الخاص
ما كان خاصا بـصف من الناس مثل لفظي القوة والطاقة فإن لكل منها مدلولاً
عد علماء الفـرياء يخالف مدلولهما اللغوي .

وقد لعب العرف — كما اسلفت — دورا كبيرا في حياة الأمم لاسيما في
عصور البداوة الأولى ، ولكن أهميته بدأت تتضاءل مع الاتجاه إلى تدوين
القوانين كما تراجعت أهميته نسبيا عند العرب بظهور الإسلام إذ سبت شريعتهم
أساسا على القرآن والحديث . بيد إن العرف لازالت تنطبع بصماته على عدة
بواح من الشريعة الإسلامية فبعض النصوص الشرعية تقرر أعرافا مسقت
الإسلام فتبت عبارتها أو دلالتها فوجب عندئذ الرجوع إلى تلك الأعراف
لأجل تفسير النصوص واستجلاء معانيها . ولعل السنة التقريرية هي التي
فتحت للأعراف باب النفاذ إلى التشريع الإسلامي إذ أن سكوت الرسول ﷺ
على بعض عادات وفعال نجرت بعلمه دون الاعتراض عليها أو منعها يجعل من
تلك العادات القديمة حـزا من العادات الإسلامية .

كذلك دخل العرف أحكام الشريعة عن طريق اجتهاد الفقهاء في مسائل لم يوجد نص بمنعها أو يغيرها . مثل ذلك أن الإمام مالك اعتبر عمل أهل المدينة — أى العرف المتبع فيها — اجماعاً كافياً ودليلاً شرعياً عند عدم النص .

هذا في شأن الاعراف العربية القديمة ، فمادا عن الاعراف والعادات التي استحدثت بعد ظهور الإسلام والتي قابلها العرب في مناطق فتوحاتهم الممتدة أو برزت في العالم الإسلامي في عصور لاحقة ؟ إن الحكم فيما اعتمد هو جواز تقبل تلك الاعراف والعادات عند عدم وجود النص المخالف أو المبدأ المانع وسبيل تقبل تلك الاعراف هو الاجتهاد بضوابطه العامة كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والاستدلال ولذا اعتمد فقهاء المذاهب جميعاً القاعدة الكلية « العادة محكمة » أى ان العادة تعد بمنزلة الحكم لإثبات الحكم الشرعى . وقد روى البخارى في صحيحه أن القاضى شريحاً قال للغزاليين — في عهد عمر بن الخطاب « سنتكم بينكم » أى اتبعوا ماتعارفتم عليه في معاملاتكم . والدليل على اعتبار العرف في الشريعة ، ثبت من أن الرسول أقر بعض ماتعارفه العرب إذا كان منه مصلحة راجحة . ومن العلماء من يستند إلى ما رواه الإمام احمد في مسنده مرفوعاً عن عبد الله بن مسعود أنه قال « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ، ومنهم من يرفع هذا النص إلى الرسول .

وجاء ذكر المعروف في التنزيل الحكيم في عدة مواقع منها قوله تعالى « تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (آل عمران / ١١٠) وقوله تعالى عز وجل « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف » (آل عمران / ١٠٤) وقوله جل شأنه « الآمرون بالمعروف والناهون عن المنكر والحافظون لحدود الله » (التوبة / ١١٢) .

لقد وضع فقهاء المذهب — لاسيما الحنفية — قواعد حكمية عديدة في هذا الباب ولو انهم نقلوا معظمها عن فقهاء الشافعية .

وقد تبنت المجلة العدلية بعض تلك القواعد واخص منها بالذكر « المعروف

عرفا كالمشروط شرطا « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » . « الممتنع عادة كالممتنع حقيقة » . والحق إن العادة لها اثر كبير في تغير الأحكام الشرعية ولذا ذكر القرافي المبدأ الثاني في رسالته « إن جميع أبواب الفقه محمولة على العوائد . إذا تغيرت الأحكام في تلك الابواب » . ويدعى أن ذلك المبدأ إنما يطبق على الحكم الشرعي الذي يستنبطه الاجتهاد ، أما اذا كان هناك نص في القرآن أو في صحيح الحديث فلا محل لعادة أو عرف . فلا غرو إذن أن تعتمد جميع المذاهب القاعدة الكلية أن « العادة محكمة » .

حجية العرف في النظرية الإسلامية :

العرف يكون صحيحا ويكون فاسدا فالصحيح هو الذي لا يخالف نصا شرعيا أو أصلا من أصوله أو قاعدة من قواعده ، أما الفاسد فهو ما يخالف الشريعة بأي وجه من الوجوه كتعارف أهل بعض الدول على الرقص رجلا ورساء في حلقة واحدة في بعض المناسبات .

ويقتر أئمة الفقه الإسلامي للعرف الصحيح المعتد به بحجة كدليل ثانوي على الاحكام الشرعية ، وهكذا روعى العرف في عصر الاجتهاد على النمط الذي سلكه الرسول ﷺ ووضع الفقهاء له الضوابط كما اضطروا غيره ، وكتب المذاهب تعالج العرف تقعيذا وتفريعا . يقول القرافي « ينقل عن مذهبا أن من خواصه اعتبار العادات والمصالح المرسله وسد الذرائع ، وليس كذلك . أما العرف فمستترك بين المذاهب ومن استقرأها وجددهم يصرحون بذلك فيها » . ويقول السرخسي في مبسوطه « إن الثالث بالعرف ثابت بدليل شرعي ، ولأن في النزاع عن العادة الظاهرة حرجا بقيام » (ج ١٣ ، ص ١٤) . ونظرا لما للعرف من منزلة بين أدلة الأحكام شرطوا في الاجتهاد أن يكون عالما بأعراف الناس (السرخسي — المبسوط ، ج ١٦ ، ص ٦٢) . ويصرح ابن عابدين في رسائله بمثل هذا فيقول « ولهذا قالوا من شروط الاجتهاد أنه لابد فيه من معرفة بعادات الناس » (مجموعة الرسائل ، ج ٢ ص ١٢٥) .

ولذا لم يأنف الفقه الإسلامي التقليدي من اقرار أعراف وعادات غيرهم من الأمم مادام أنها لا تتنافى مع الإسلام . « فهذا أبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الزرع إذا أصابته جائحة فاتلفتة فإن الخراج الموظف يسقط عنه ، فلقد كان كسرى يضع عن الزارع من الخراج بقدر ما يصيب ررعه من جائحة نزلت به ... والامام مالك قد خصص قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة) بالعادة فاستثنى المرأة الشريفة التي تنضرر بالإرضاع فقال إنها لا ترضع ولدها » (محمد مصطفى شلبي — الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص ٩١) .

العرف ليس دليلا أصليا :

الحق أن النظرية المدققة لا بد أن تنتهي إلى أن العرف في النظرية الإسلامية ليس دليلا شرعيا مستقلا لأن العرف إنما يبنى على مراعاة الضرورة أو الحاجة الملحة أو دفع الحرج والمشقة والتيسير في مطالب الشرع وقد يخل عند الضرورة محل النص الخاص وقد يكون حكم العرف أو ما جرى عليه تعامل الناس مختصا للنص أو مقيدا لاطلاقه أو مفسرا لألفاظه . والعرف مرجع يسترشد به الفقيه للوصول إلى ما يشده من حكم في أمور لا نص فيها (نظام الدين عبد الحميد — مفهوم الفقه الإسلامي) بيروت سنة ١٩٨٤ ، ص ١٤٢ — ١٤٣) .

ومن ثم فقد رفعت العرف من بين أدلة الاحكام الأصلية عند تعداد الأدلة . وهنا نلاحظ فارقا جوهريا بين النظرية الإسلامية والنظرية الغربية لأن العرف في النظرية الغربية يلعب دورا رئيسا بين أدلة الاحكام — وقد أوردته م ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية ضمن الأدلة الرئيسة على أحكام القانون الدولي في حين أنه دليل ثانوي في النظرية الإسلامية . وفرق آخر ان قاعدة اللاحق ينسخ السابق لا تسرى على علاقة العرف بالمعاهدة ، في الرأي الذي اعتمده على تفصيل أورده فيما بعد .

وليس هذا هو الفارق الوحيد بين النظرية الإسلامية والنظرية الغربية في

مدرك العرف ، بل هناك فارق آخر ذلك أن أغلب الفقه المعاصر يطلق العادة على الركن المادى للعرف أى تكرار السبر على سلوك بذاته فإذا اقترن هذا الركن المادى بعقيدة أن السلوك أصبح ملزماً فإن القاعدة تصبح عرفاً على خلاف النظرية الإسلامية التقليدية التى تماثل بين العرف والعادة فى الرأى الغالب . إن التسوية بين العادة والعرف تعنى أن النظرية الإسلامية تكتفى فى تكوين العرف بالركن المادى فحسب ، وذلك هو ماتقول به إحدى مدارس الفقه الدولى المعاصر ولكن البعض يرى أن العادة أعم من العرف فهو نوع منها لأن العادة هى نوع من المتكرر مأخوذ من العود أو المعاودة بمعنى التكرار فإذا فعل إنسان فعلاً من الأفعال وتكرر منه حتى أصبح يسهل عليه إتيانه وشق عليه تركه سمي ذلك عادة له . ولذلك قيل إن العادة طبيعة ثانية . وكما يكون تعود الشيء من فرد يكون من الجماعة وتسمى الأولى عادة فردية أما فى الثابتة فعادة جماعية . ولا يصدق العرف إلا على النوع الثانى ، فإذا اعتاد بعض الناس شيئاً لا يسمى ذلك عرفاً وقاعدية بل لا بد لتحقيق ذلك من اعتياد الكل أو الأغلب لا فرق بين علمائهم وعوامهم وبهذا يفارق العرف الاجماع . (راجع مصطفى شلبى — المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى ، ١٩٦٢ ، ص ١٣ — ١٤) . ويبدو أن فهم العرف بمعنى العادة يقترب كثيراً مما قاله الفقه الرومانى عن العادة .

ويعمل القاضى بالعرف فى ثلاثة مواضع :

- (أ) فى الامتناع عن سماع الدعوى أى لا يسأل المدعى عليه ولا يطلب جوابه عن الدعوى إذا اقترنت بما يكذبها حسب العرف أو العادة .
- (ب) الحكم بمقتضى الألفاظ العرفية (العرف القولى) وحمل صيغة الدعوى على مايفهم عرفاً طبقاً لقاعدة : كل من له كلام يحمل كلامه على عرفه . فلو تنازع البائع والمشتري مثلاً على مايتبع الأرض وهل يدخل فى البيع أم لا حكم القاضى لمن يقف العرف إلى جانبه لأن العرف يكون عندئذ قرينة شاهدة لصالحه .

(ح) ترجيح من له العرف عند النزاع وعدم اليقينة لأن العرف يعزز في هذا الفرص جانب من يشهد له العرف فهو الظاهر إلى أن يثبت العكس . ومن هذا إذا اختلف رجلان على سفينة فيها سلعة ما فادعى كل منهما السفينة وما فيها فالسلعة تكون لمن يعرف منهما بالاتجار فيها والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح .

أحكام العرف :

ذكرت من قبل أن العرف يرجع في غالب صورته إلى المصلحة التي دعت إليها الحاجة ولذا فإن مرتبته بين الأدلة مرتبة المصلحة . ويترتب على هذا ثلاثة أحكام رئيسة .

أ — تبنى عليه الأحكام ولذا تتغير الأحكام التي بنيت على العرف إذا ما تغير العرف . « من ذلك ما روى عن أبي حنيفة أنه كان يقول إذا غصب إنسان ثوبا وصبغه بلون أسود فللمالك أن يضمه نقصانه وخالفه صاحبه فقلنا إن المالك يخير بين أخذ الثوب وضمان الزيادة للغاصب . فأبو حنيفة يرى أن صبغه بالسواد ينقص قيمته وصاحبه ذهب إلى أنه يزيد بها كصبغه بأى لون آخر ، فهذا الاختلاف أرحمه الفقهاء إلى اختلاف العرف ، فقد كان الصنع بالسواد في عهد أبي حنيفة ينقص قيمة الثوب لأن بنى أمية ما كانوا يلبسون السواد فكان مذموما ، والعباسيون كانوا يلبسون السواد فكان ممدوحا في عصرهم ، ومن هنا زادت قيمة الثوب بصبغه باللون الأسود » (محمد مصطفى شلبى — الفقه الإسلامى ، المرجع السابق ، ص ٩٤) .

ب — إذا تعارض العرف مع النص خصصه ، والامر هنا يحتاج إلى شيء من التفصيل اذكره فيما بعد .

تفسير الأحكام :

والعرف المعتبر هنا هو العرف الصحيح شرعا أى الذى لا يخالف نصا وإلا كان عرفا باطلا وبدعة في النار . ومن ذلك العرف المعتبر شرعا ان الله أوجب

نفقة الزوجات بقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » فالآية أوجبت هذه النفقة بقدر الوسع ولم تبين مقدارها فقدرها بعض الفقهاء وتركها آخرون للعرف . ويستطيع أن نقول إن الذين قدروها لم يخاوروا العرف لأهم راعوا عرف رمانهم في تقديرها . ولما أوجب الشارع قطع اليد في سرقة المال من حرزه لم يبين حد الحرز بل وكله إلى عرف الناس ... ومن ذلك أيضا أن الشارع أثبت الخيار للمشتري إذا وجد بالبيع عيبا . ولما كان هذا العيب يختلف باختلاف أنظار الناس لاختلاف رغباتهم ، كما يختلف باختلاف أثره في الشيء وقيمه وكله جمهور الفقهاء إلى العرف حتى عرفوه بأنه نقيصة موجهة لنقص قيمة الشيء في عرف أهله الذين لهم خبرة فيه ... وفقهاء الشافعية حينما اعتبروا خيار المجلس . وفي بطون كتب الفقه في المذاهب المختلفة كثير من الأحكام المطلقة المفوضة إلى العرف مما اتفق عليه الفقهاء أو اختلفوا فيه » (محمد مصطفى شلبى — الفقه الإسلامى — المرجع السابق ، ص ١٠٢ — ١٠٥) .

ويقول الشاطبى في موافقاته « لا بد لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها ومجاري عاداتها حال التنزيل من عند الله والبيان من رسوله لأن الجهل بها موقع في الاشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة » (ج ٣ ، ص ١٥١) .

ج — يعتبر العرف — كما أسلفت — قرينة مرجحة عند التنازع في الحقوق فإذا اختلف الأب وابنته فيما ساقه من متاع إلى بيت زوجها فقال الأب هو عادية وطالب برده وقالت هو هبة وامتنعت عن الرد حكم العرف بينهما . ولكن الشافعية ينكرون الترجيح بالعرف . هذا هو عمل العرف في الإسلام . انشاء وتفسير وتطبيق وترجيح ، لم يقف وراء أسوار النصوص ، بل دخلها أو أدخلها ليعمل معها بقدر ما أعطى من سلطان ، فهو يعتبر — بحق — نافذة من نوافذ الفقه الإسلامى التي يطل منها على حياة الناس الواقعية ، فيسلط عليها الأضواء لتيسر الطريق للسائرين كيلا تلتوى بهم السبل ، ولتميز الخبيث من

الطب ، فإذا ما انكشفت الحقائق أقر بها الصالح السافع وألغى الفاسد الضار .
وهناك سؤال يفرض ذاته هو : ما القول لو أن حكم النص كان مبنياً أصلاً
على عادة قديمة ثم تغيرت تلك العادة أبقى الحكم على الرغم من ذلك على ما هو
عليه أم أن العادة الجديدة تعدل منه ؟ .

إن أول ما يتبادر إلى الذهن هنا هو أنه لا مسوغ للاجتهاد في مورد النص
لأن النص أقوى من العرف ، ومن ثم يجب اتباع النص ، وهؤلاء هم فقهاء
مدرسة الحجاز والشافعية بيد أن أبا يوسف ذهب مذهباً آخر فارتأى وجوب
اتباع العادة الجديدة وعلى رأيه بأن العادة كانت هي المنظور إليها والنص عليها
ما كان في ذلك الوقت إلا لأن العادة إذ ذاك بذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم .
وهذا هو الفهم الذي أقرته المجلة العدلية ، وشرح ذلك « أنه تبدل الأعصار
تبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العرف والعادة » . والمثل المستمد من أبي
يوسف هو النص الخالص ببعض البيوع . فالحديث الشريف يقول « البر بالبر
كيلا يكيل والشعير بالشعير كيلا يكيل » . ولكن العادة تغيرت فأصبحت
تلك الأشياء من الموزونات وقد كانت من المكيلات في عهد الرسول ﷺ .
فهل يبيعها بالرطل أو الطن يبيع باطل أم صحيح ؟ أجاب أبو يوسف استحساناً
بأن هذه العادة الجديدة واجبة الاتباع ومن ثم فقد صحح البيوع بالوزن ،
كذلك جواز تعجيل الأجرة قبل استيفاء المفعة . وإذن فالعادة عنده هي بمثابة
الشرط لتطبيق النص . فلما تغيرت العادة أصبح الشرط مفقوداً وصارت للعادة
الجديدة .

ومن قبيل ذلك تغير حكم الدية في عهد عمر فبعد أن كانت تجب على
العاقلة (أو العائلة) في بعض الأحيان ، أصبحت في عهد عمر على أهل
الديوان بعد أن تغير العرف لأن قوة المرء ونصرته كانت في سابق الزمان بقييلته
وانتقلت النصره — إثر تنظيم عمر للجيش والدواوين — إلى أهل الديوان .
ذكر ابن عابدين في رسالة بعنوانها « نشر العرف في بناء بعض الأحكام على
العرف » مثلاً لأبي حنيفة وصاحبيه فقد منعوا دفع الأجرة على تعليم

القرآن لأنه كانت للمتعلمين عطايا كافية في صدر الإسلام فلما انقطعت
العطايا أجاز المتأخرون دفع الأجر على ذلك لتعير العرف بانقطاع العطايا عن
المعلمين في زمانهم . ويقول ابن خلدون في مقدمته « إن أحوال العالم والأمم
وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقر إنما هو اختلاف على
مر الأيام والأزمان وانتقال من حال إلى حال » .

وحاء في كتاب قواعد الأحكام للعزیز بن عبد السلام — وهو شافعي —
« إن الشكائيف كلها راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم والله عنى عن
عبادة الكل ولا تنفعه طاعة الطائعين ولا تضره معصية العاصين » .

ولدا يقول القرافي في كتابه (الفروق) « إن كل ما هو معروف في الشريعة
يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة » .

ويقول القرافي أيضا في فروقه « فمهما تجدد العرف اعتبره ومهما سقط
أسقطه ولا تجدد على المسطور في الكتب طول عمرك بل إذا جاءك رجل من
غير أهل إقليمتك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك وأسأله عن عرف بلده
وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح
والجمود على المقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين
والسلف الماضين » .

أركان العرف :

ولكن كيف يتكون العرف حسب النظرية الإسلامية ؟ قلت من قبل إن
البخارى روى في صحيحه أن القاضى شريحا في عهد عمر بن الخطاب قال
للغزاليين « سنتكم بينكم » أى اتبعوا ما تعارفتم عليه في معاملتكم . والذي
يهمى هنا في قول شريح هو وصفه للعرف بأنه سنة ذلك أن السنة هي
الطريقة « وما سمع الناس أن يؤمنوا إذ جاءهم الهدى ويستغفروا ربهم إلا أن
تأتيهم سنة الأولين » (البكهي / ٥٥) . وفي قول آخر فإن عبارة شريح تدل
على أن العرف لا يكون عرفا إلا إذا سارت عليه الأمة حتى يصبح سنة .

والطريقة لاتصبح سنة إلا إذا توفر لها السير عليها لفترة من الزمن . ولذا يشترط الفقهاء لأعتبار العرف .

(١) أن يكون مطردا في جميع المعاملات أو غالبا عليها أى أن يستمر العمل به في اغلب الحوادث إن لم يكن فيها جميعا فلو جرى التعامل به في بعض الحوادث وترك في البعض الآخر فلا يعتبر لتعارف العمل والترك (الأشباه والنظائر — ج ١ ، ص ١٨٥) . وقد يكون الاضطراد أو الغلبة عاما وقد يكون خاصا بمعنى أن الاضطراد قد يكون على المستوى العالمى أو المستوى الاقليمى .

(٢) وقد قدمت أن العرف ينبعث عن الضرورة ولكنه لا يصح قاعدة أو حكما إلا إذا اعتمده الفقه اجتهادا . ولما كان الاجتهاد الفقهي أو القضائي هو الذى يكرس العرف لاعتبارات الضرورة أو الحاجة قلت إن العرف ليس دليلا مستقلا . ولا يعتمده الفقه إلا إذا كان لا يحل حراما ولا يحرم حلالا ، وهو يعتمده مساعدا في القياس إذا كان في أمور تحسينه ويخرج به عن القياس إذا كان يعكس ضرورة أو يمثل حاجة اجتماعية ، وبذا يصبح إجماع الأمة — أى العرف — عن طريق هذه الشكلية الاجرائية حكما شرعيا . وقد قل الغزالي والشافعي إجماع الأمة في الرئاسات وتركوا أمر التفاصيل لاجتهاد المجتهدين .

(٣) ويجب أن يكون العرف موجودا عند التصرف ولذا يقول صاحب الأشباه والنظائر « العرف الذى تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ولذا قالوا « لآعبرة بالعرف المتأخر » (ج ١ ، ص ١٣٣) . أى أنه يلزم أن يكون موجودا قبل وجود الواقعة التى يحكم فيها بموجبها أو أن يكون مقارفا لها في الوجود لأنه لا إعتبار للعرف الطارئ بعد الواقعة وتستوى في هذا كل أنواع العرف .

وتبعاً فلو أن دولتين أنشأتا تصرفاً من التصرفات ثم ثار نزاع بينهما فإن العرف الذى يحكم هذا التصرف ويكون فيصلا فيه هو ما كان موجودا عند

التصرف لا يحدث بعد ذلك (الأشباه والنظائر — ج ١ ، ص ١٣٣) .
ولكن تستثنى من تلك القاعدة حالتان :

١ — إذا كان النص حين وروده مبنيا على عرف عملي قائم . وقد اختلف الفقهاء حول ذلك الفرض وهل يعتبر النص في هذه الحالة نصا عرفيا يمكن أن يتغير بتغير ذلك العرف . وقد انفرد أبو يوسف برأى يذهب كما قلت إلى أنه إذا تبدل العرف تبدل حكم النص ، وأنا أحبذ هذا الرأي .

٢ — إذا كان النص معللا بعلة ينفيها العرف الطارئ عاما كان أو خاصا سواء كانت العلة مصرحاً بها أم مستنبطة ، لأن الحكم الشرعي يدور مع علته يوجد إن وجدت ويتنفي إن انتفت ، فإذا اقترض شخص مبلغا معينا من نوع معين يمكن اعادته من غير هذا النوع مادامت قيمته النوعية واحدة لجريان العرف على ذلك ولا يعتبر ربا .

٣ — عدم وجود اتفاق يخالف حكم العرف ، فإذا وجد اتفاق على خلافه فالعبرة بالاتفاق لا بالعرف لانه لاعبرة للدلالة في مقابل التصريح ، أى — كما يقول المحدثون — لاعبرة بالنية المضمرة إزاء النية الصريحة .

٤ — ألا يخالف العرف نصا شرعيا عاما أو خاصا بحيث يترتب على العمل تعطيل النص . وفي هذا الأمر تفصيل ذلك أن العرف قد يكون قائما وقت ورود النص وقد يحدث بعد النص . كما أن العرف — باعتبار معناه اللغوي — قد يكون مقررا للفظ وقد يكون قاضيا عليه . والأمر يختلف في هذا بين العرف اللفظي أو القول وبين العرف العملي .

فإذا كان العرف لفظيا أو قوليا وسابقا وعارض النص العام اللاحق فإن النص يفسر على ضوء معناه العرفي — سواء كان عرفا عاما أم خاصا — ولا يفسر على معناه اللغوي ، ما لم تكن هناك قرينة مانعة من ذلك .

أما إذا كان العرف عمليا وكان عرفا عاما فقد اختلف فيه الفقهاء فالأحناف يرون أنه يختص النص العام أى أن النص يطبق فيما عدا الأمر الذى جرى به

العرف . وهذا طبعا لا يعطل النص بل يعمل بالنس والعرف معا ، كل في مجانه .

أما إذا كان العرف العملي عرفا خاصا — أى سائدا في مكان دون آخر أو لدى صنف من الناس دون الصنف الآخر — فإن ماعليه المذهب عند الحنفية هو أنه لا يقوى على تخصيص العام غير أن المتأخرين من مشايخهم قالوا يتخصص به ، وهذا هو ماعليه محققو المالكية . فإذا كان العرف الغالب على البلد — مثلا — هو أن ينصرف لفظ الطعام إلى البر وحرم الشارع الربا في الطعام فإن التحريم يقتصر عند الحنفية على البر ويعم عند الجمهور كل الطعام . واخت أن لكل من الرأي وجهته ولذا أرى أن يطبق أى الرأي يكون أكثر تعقبا للمصلحة العامة على حدى من ظروف كل حالة نالتها . على أننا يجب أن نلاحظ أن العرف لا يختص إلا بالنصوص الظنية ومن ثم فإن العرف لا يختص بالنصوص القطعية . قد يعترض على ذلك بأن مالك خصص آية « والوالدات يرضعن أولادهن » بالعرف مع أنها قطعية الدلالة ويرد على ذلك بأن الآية قطعية الثبوت ولكنها ظلية الدلالة لأن الناس اختلفوا في الرضاع هل هو حق واجب أم هو واجب عليها واللفظ يحمل المعنيين لأنه لو أراد التصريح بكونه على الأم لقال وعلى الوالدات ارضاع أولادهن (تفسير القرطبي — ج ٣ ، ص ١٦١) .

فإذا كان التعارض بين نص وعرف ورد معده فالأمر بين احتمالين : (١) ألا يمكن رد العرف الظاريء المخالف إلى نص شرعى وعدئذ يجب رد العرف لأنه مظنة نشر الفساد واستحداث المحرمات . (٢) أن يمكن رد العرف إلى نص شرعى بحيث لا يكون مخالفا للنص مخالفة مطلقة وإنما تكون مخالفة في بعض أفرادها ، وهنا يصح العرف ويعتبر مخصصا للعام ويترك به القياس إذا دعت حاجة الناس إليه ، وهذا ما يطلق عليه الاستحسان عند الحنفية والمالكية .

أما إذا وافق العرف النص الشرعى فإن النص هو الذى يعتبر في هذه الحالة وليس العرف إذ كلما للعرف الموافق هو أنه تأييد وتوكيد . فالكفاءة في الزواج

مثلا كانت عرفا عند العرب قبل الإسلام وقد ركاهما الحديث الشريف « ألا لايزوج النساء إلا الأولياء ولايزوجن إلا من الأكفاء » وهكذا تطابق العرف والنص ولكن الاعتبار يكون للنص ولو أن العرف سبق النص .

وإذا تعارض العرف مع نص اجتهدى وكان الاجتهاد مبنيًا على الإلحاح الأصلية يكون الحكم للعرف سواء سبق الاجتهاد أم حصل بعده لأن العرف دليل الحاجة وهو بمنزلة الاجماع عند عدم وجود النص .

أما إذا كان الاجتهاد مبنيًا على ضرورة أو مصلحة أو عرف آخر أو كان سدا للذريعة :

أ — فإن كان سابقا على الاجتهاد وجب على المجتهد أن يأخذه بعين الاعتبار لأن القياس يترك بالعرف ، فإن رأى المجتهد على الرغم من ذلك الافتاء بما يخالف العرف فلا يكون ذلك إلا لأنه أهدر العرف إذ لم يعد محققا للمصلحة التي هي مناط العرف كما أسلفت .

ب — وإن كان لاحقا على الاجتهاد فهنا فرضان : أن يكون العرف مبنيًا على اعتبارات عرفية وهنا يعدل العرف الذي تغير من الاجتهاد السابق ، وإن كان الاجتهاد قد بى على اعتبارات أخرى فإن العرف المتأخر لا يعتد به لأنه لم يكن قائما وقت صدور الفتوى . ولكن البعض يقدمون العرف في هذا الفرض لأن العرف دليل الحاجة ولا يعارضه نص خاص ولا عام مباشرة .

فإذا أردت أن تطبق هذه القواعد على المعاهدات أقول :

(١) على مدبجى المعاهدات أن يأخذوا الحكم القائم وقت ابرام المعاهدة بعين الاعتبار .

(٢) إذا انتهوا على الرغم من ذلك إلى الاتفاق على حكم يخالف للعرف فإن نص المعاهدة هو الذى يطبق لأننى أسلفت أن العرف الذى يخالف اتفاقا لا يعتبر .

٣ — وإذا نشأ العرف بعد ابرام المعاهدة فإن البعض يقدمون العرف لأنه دليل الحاجة . وهو بمثابة اجماع واجتهاد الجماعة شبه يقينى أما الاجتهاد

الفردى فهو ظنى وشبه اليقيني أقوى من الظنى ، ولذا فإنه يغلب عليه .

ولكى أرى أن المعاهدة تمثل احتيادا سلطانيا . وللسلطان — و سبيل تحقيق مصلحة المسلمين — أن يغفل العرف ويضع ما يراه من أحكام تؤمن الصالح الإسلامى . ومن ثم فإن أحكام المعاهدة هى التى يؤخذ بها سواء سبق العرف إبرامها أم لحقه . ولكن يجوز إن كان نص المعاهدة عاما أن يخصص طبقا لمذلول العرف السابق أو اللاحق عليها .

أما إذا كانت المعاهدة تكرر نصوصا شرعية فإن العلاقة بينها وبين العرف تحكمها القواعد الأصولية التى استلقتها فى شأن تعارف العرف مع النص . بيد أن تغلب الاجتهاد السلطاني لا يجرد العرف من قيمته كلية . إذ يجوز أن يعتبر استطراد العرف لاحقا على المعاهدة فى شأن مسألة من المسائل الهامة التى تنظمها المعاهدة بمثابة تغير فى الأوضاع والظروف ويسمح للمتضرر بأن يطلب تعديل المعاهدة أو الغائها — حسبما يقتضيه رفع الضرر — وعدئذ تطبق أحكام نظرية تغير الظروف والأوضاع ولا تطبق قواعد الأصول التى تتكلم عن أن اللاحق ينسخ السابق وأن الخاص يخصص العام . وقد يكون لهذا ما يزيكه فى قوله تعالى « وأمر بالمعروف وأعرض عن الجاهلين » (الأعراف / ١٩٩) . إذ يمكن أن نفهم صيغتها على أن العرف يعتبر من النظام العام فى النظرية الإسلامية لأنها تفرض علينا — كما فرضت على الرسول — أن نأمر بالعرف . ولكن هذا التعميم غير دقيق ويحتاج إلى نوع من التشذيب لأن العرف — كما قلت من قبل — دليل ثانوى وليس دليلا أصليا وتبعا فلا يؤخذ به حيث يترتب على الأخذ به إبطال العمل كلية بالنص وتبعا فإننا نصدع للأمر الذى يقصد به أن نأمر بالمعرف حيث لا نص ولا حكم . ثم إن العرف قد يكون له تأثير على النصوص الظنية ولكن لا اعتبار له حيال النصوص القطعية . كذلك يجب أن نفهم قاعدة « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » على أن العرف إنما يطبق بأثر فورى وليس بأثر رجعى كما أنه لا يعدل من المشروط إلا فى حدود ، فهو بمثابة

شرط تكميلي لا يغلب على النص الأصلي إلا إذا كان النص الأصلي قد نى على اعتبارات عرفية أو بان من صياغته أن الطرفين قصدا إلى أن يكون للعرف تأثيره على ضبط علاقتهما القانونية. ويطلب لى ها أن أشير إلى ماقاله ابن عابدين فى رسالته عن العرف « ولهذا قالوا فى شروط الاجتهاد إنه لابد فيه من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان ، بحيث لو بقى الحكم على ماكان عليه أولا لزم منه المشقة والضرر بالناس ، وخالف قواعد الشريعة المبينة على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام ، ولذا نرى مشايخ المذهب يخالفوا مانص عليه اجتهد فى مواضع كثيرة نناها على ماكان فى زمنه لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال بما قالوا به أحذا من قواعد مذهبه » .

يبد أن هذا لا يكفى إء هاك شرط عام لابد من توافره فى العرف حتى يصبح سة ، بحسب تعبير عمر بن الخطاب . والطريقة لا تصبح سة إلا اذا توفر لها ركن مادى ، وهو السير عليه لفترة من الزمن ولذا يشترط الفقهاء لاعتبار العرف ان يكون مطردا فى جميع المعاملات أو غالبا عليها فلو أجرى التعامل به فى بعض الحوادث وترك فى البعض الآخر فلا يعتبر لتعارض العمل والترك (الاشباه والظائر — ج ١ ، ص ١٨٥) .

ومن ثم فإن العرف يتكون فى النظرية الإسلامية بما يتكون به فى رأى فريق مرجوح من فقهاء النظرية المعاصرة — إء لا يشترط توافر الركن المادى والمعوى حتى تصبح القاعدة غير المكتوبة قاعدة عرفية . اما وقد ثبت عندى ان العادة والعرف دليل ثانوى من أدلة القاعدة القانونية فإنى أرى أن العرف — كما يتكون داخل الدولة — فإنه يمكن أن يتكون فى علاقة الدول بعضها ببعض الآخر بالمواصفات ذاتها التى يتكون بها العرف الداخلى مع فارق واحد وهو أن أطراف العرف فى الداخلى هم أشخاص القانون الداخلى ، أما اطراف العرف فى القانون الدولى الإسلامى فهم اشخاص القانون الدولى .

وإذن فالعرف في قانون السلام الإسلامي هو سنة الدول التي تسير عليها سيرا مضطردا. ولما كانت الدول اشخاصا معوية فإن تكون العرف وتوفر الصفة الملزمة له لا يكفي فيه مجرد التواتر بل إن ذلك يقتضى تجمع الشروط التالية :

١ — ان يصدر التصرف عن الجهاز المختص في الدولة حتى تتوفر للجهاز الصفة التمثيلية التي يصلح أن يعبر بها عن إرادة الدولة .

٢ — أن يكون التصرف تبادليا . ومن ثم فإن التصرفات المتماثلة التي تأتينا الدولة من جانبها وحدها لا تكون عرفا ولا تقيد تلك الدولة . والتبادل هنا يجب أن يرد على تصرف نمطى يصلح أن يكون قاعدة قانونية دولية . ولكن هل يلزم في التبادل أن تكون الواقعة إيجابية أم يمكن ان يجرى التبادل كذلك بشأن القواعد السلبية ؟ القاعدة الاصولية هي ألا ينسب لساكت قول إلا في حالات محددة على وجه الحصر . بيد أن هذه القاعدة الخاصة بالعلاقات الفردية تحتاج إلى بعض التنسيق في القانون الدولي عندما نتعامل بها مع الدول ، ذلك أن ولي الأمر عندما يتعامل باسم الدولة الإسلامية — وكذا رئيس الدولة الكتائية — يجب ألا يسكت أيهما عن ضم وتبعا فإن سكوته أو سكوت الدولة لا يصلح أن يؤخذ دليلا — إذا ما تكرر — على قيام العرف إلا إذا تعلق الأمر المسكوت عنه بكيان الدولة وبقائنها فعندئذ يمكن أن يأخذ معنى الموافقة والقبول إذ يصعب في وضع كهذا أن نجرد الموقف السلبي من كل معنى .

والتبادل هنا لا يكون عرفا إلا إذا كانت أطرافه دولا إسلامية أو كتائية أما سلوك الدول المشتركة فلا يعتبر في تكوين العرف بينها وبين الدولة الإسلامية إذ لا توجد بين الدولة الإسلامية والدولة المشتركة من العلاقات ما يسمح بتكوين قواعد قانونية غير مكتوبة لأن تكوين قواعد من هذا القبيل يدخل في باب التوادد الذي لا يستحب بين الدولة الإسلامية والدول المشتركة (قل إن كان أبائكم وآبائكم وأخوانكم وأزواجكم وعشيرتكم وأموال اقترفتموها وتجارة تخشون كسادها ومساكن ترضونها أحب إليكم من الله ورسوله وجهاد في سبيله فتمسوا حتى يأتي الله بأمره والله لا يهدي القوم الفاسقين » . (التوبة /

وحكم العرف كما قلت يتوقف على صحته وفساده ، فإن لم يخالف نصا ولم يصوت مصلحة ولم يخلب مفسدة كان صحيحا يعتد به في شرعية الأحكام . وإن كان غير ذلك كان فاسدا لا يلتفت إليه ولا يعتد به . « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن » (المؤمنون / ٧١) .

والعرف بمعناه السالف يفترق كما قلت عن الإجماع — بمعناه الشائع — من حيث أن الإجماع يتطلب اتفاقا جماعيا في حين أن العرف قد يكون خاصا ، ثم إن الإجماع يفهم عند التقليديين على أنه إجماع الفقهاء المجتهدين أما العرف فيتحقق بما يتعارفه الناس ، عالمهم وجاهلهم .

هذا فضلا على أن الإجماع — في قول بعض التقليديين — متى انعقد لا يتغير حكمه أما العرف فمتغير غير ثابت ويمكن أن أقول — كفاعدة عامة — إن الأصل في العرف المتصل بشئون الدنيا هي الصحة ما لم يقم دليل على العكس ، والأصل في العرف المتعلق بشئون الدين هو عدم الصحة إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . ولست حاجة إلى أن أقول إن هذه الدراسة تتعلق أساسا بشئون دنيوية .

وكل ذلك طبعا رهن بألا يكون ولي الأمر قد ارتأى — لصالح الأمة الإسلامية التي يسأل عنها — أن يأخذ بحكم مخالف للعرف وعدئذ نجب طاعته مادام أنه يسخر سلطانه في حدود ما أمر الله به أو رده إليه . ولكي يستحسن ألا يخرج الإمام عن العرف — في الحالات التي يكون العرف فيها واجب المراجعة أصلا — إلا في أضيق نطاق وسعيا وراء دفع مضرة أو طوعية . لضرورة ملجئة لأنه استثناء والاستثناء يقدر بقدره ولا يتوسع في إثبات حطره .

العرف في العلاقات الدولية :

قلت إن العرف الدولي قد يكون إقليميا وقد يكون عالميا وكذلك الأمر في النظرية الإسلامية . ولا احسبني مبالغا إذا قلت إن العرف الدولي — في

النظرية الإسلامية — هو أساس من أسس العمران الاجتماعي وعمود من العمود المصممة التي تقوم عليها العلاقات الدولية « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » (الحجرات / ١٣) ، اى لتحكم الأعراف علاقاتكم .

والعرف الإقليمي في النظرية الإسلامية قد يكون عرفا حاريا بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر وقد يكون عرفا معمولاً به في علاقات الدول غير الإسلامية كل بالأخرى . وقد يكون عرفا ساريا في علاقة الدول الإسلامية أو بعضها ببعض الدول غير الإسلامية . أما العرف العالمى فهو عرف يطبق على العلاقات الدولية أيا كانت أطرافها . فأى هذه الاعراف تقرها النظرية الإسلامية ؟ .

تعتبر النظرية الإسلامية أن العرف دليل ثانوى على الأحكام شريعة ألا يخل حراما كتحليل الربا أو إجازة أكل أموال الناس بالباطل ، وألا يجرم حلالا كتحریم استخدام الشيكات التجارية في دفع ثمن بعض السلع كالذهب والفضة . ومن ثم فإن العرف أيا كانت اطرافه وأيا كان موضوعه يمكن أن تتقبله النظرية الإسلامية ولا غضاضة في ادراجه ضمن أحكامها مادام أنه يحقق مصلحة ولا يعارض نصا في الكتاب أو الحديث . وفي قول آخر فإن بعض الأعراف التي استقرت في النظم الدبلوماسية والقنصلية نتيجة سلوك الدول غير الإسلامية يمكن أن نقرها ضمن أحكام النظرية الإسلامية مادام أنها لا تتعارض مع مبدأ عام أو تناقض حكما من النظام الإسلامى العام . وحجتى في ذلك هو قوله سبحانه وتعالى « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » . فالخطاب في هذه الآية الكريمة موجه للناس كافة ، والانشطار إلى شعوب وقبائل جائز على مختلف الشعوب بغض النظر عن عقائدها وتنظيم العلاقات فيما بينها على أساس الاعراف ولم ينحصر في أن يرد بحكم العرف نص في القرآن أو الحديث ولكنه مطلق العرف . وعندما يطلق مفهوم اللفظ فإنه في رأى الجمهور لا يحتمل التخصيص إلا بدليل ومقتضى هذا أن الله قد خلق الناس وكتب عليهم أن يتوزعوا في شعوب وقبائل وبين حكمة ذلك ألا وهى

أن تنشأ بينهم أعراف تحكم ماقد يجرى بينهم من علاقات — ولما كان في معنى العرف المنطق وسلامة العطرة ، ولما كانت مبادئ الشريعة السمحاء وأنماطها تضبط السحبة المنطقية والسرعة الفطرية فإن مقتضى ذلك أن العرف الذي تقصد إليه الآية الكريمة — مع إطلاقها — هو العرف الذي لا يخل حراما ولا يجرم حلالا .

وهكذا فإن الاعراف — في حدود ما أسلفت — يمكن أن تنظم العلاقات الدولية فنطق الاعراف الإقليمية داخل أقاليمها وتسرى الاعراف العالمية على العلاقات الدولية بمشمولها الأعم .

ولا مراء في أن العرف سواء أكان محليا أم دوليا يجب أن يستوفى الشروط التي أسلفتها ويقابل الضوابط التي أتيت بها مسبقا . ولذا قلت آنفا إن العلاقة بين النظرية الدولية الإسلامية والنظرية الدولية المعاصرة علاقة تكامل فيما لا يخالف نصا في الكتاب أو حكما في الحديث . وهكذا نجد أن عمرا يتبنى أحكام النظم المالية الفارسية في تنظيم بيت مال المسلمين .

يؤيدني أيضا فيما أقول المبدأ الأصولي « يعمل في الإسلام بفصائل الجاهلية » ، ذلك أن المستفاد من هذا المبدأ هو أن الفصائل التي استقرت عليها البشرية — ولا تكون فصائل إلا إذا لم تخالف نصا قرآنيا أو حديثا نبويا — يمكن أن يعمل بها في الإسلام . ولذا يقول تعالى في محكم كتابه « أولئك الذين آتيناهم الكتاب والحكم والنبوة فإن يكفر بها هؤلاء فقد وكلنا بها قوما ليسوا بها بكافرين . أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده قل لا أسألكم عليه أجرا إِنْ هُوَ إِلَّا دَكْرَى لِلْعَالَمِينَ . وما قدرُوا اللهَ حقَّ قدره إذا قالوا ما أنزل الله على سِرِّ من شيء قل من أنزل الكتاب الذي جاء به موسى نورا وهدى للناس تجعلونه قراطيس تبدونها وتخفون كثيرا وعلمتم ما لم تعلموا أنتم ولا آباؤكم قل الله ثم ذرهم في خوضهم يلعبون » (الانعام / ٨٩ — ٩١) ويقول أيضا « قل صدق الله فاتبعوا ملة ابراهيم حنيفا وما كان من المشركين » (آل عمران / ٩٥) .

ولا ننسى ونحى بصدد هذه المادى أن الأصل فى الأحكام هو الإباحة كما يقول الأصوليون ، وفى ذلك تفصيل الخصه بانجاز فى السطور التالية .
استطرد - الأصل فى الاشياء :

قلت إن العرف الشرعى مشروط بالألا يحل حراما أو يحرم حلالا . وهنا لنا أن نتساءل ماهو الأصل فى الاشياء أهى الإباحة أم التحريم ؟ وذلك أنه إذا كانت الإباحة هى الأصل فان التحريم لا يكون إلا بنص صريح أو باجتهاد سديد .

ويرى المعتزلة وابن حامد والقاضى أبو يعلى من الخنابلة أن الأصل فى الاشياء هو الحظر والمنع . وقال بعض الشافعية إن الأصل فى الأشياء النافعة هو الإباحة والأصل فى الاشياء الضارة هو التحريم . وذهبت زمرة إلى أننا يجب أن نتوقف إلى أن يقوم الدليل .

ولكن المختار عند الجمهور هو أن الأصل فى الاشياء الإباحة . فاذا اشتبه الأمر اعتبر حراما أخذا بمبدأ سد الذرائع . وقال الرسول ﷺ « من اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام كالرعى يحوم حول الحمى يوشك أن يرتع فيه » .

والحرام عند الحنفية :

- (١) حرام لذاته لما فيه من ضرر ذاتى أو مفسدة ذاتية .
 - (٢) حرام لغيره وهو مايكون فى أصله مشروعا ولكن اقترن به عارض اختص تحريمه كالبيع وقت النداء للصلاة .
- والغاية من المنع فى حالتى الحلال والحرام واحدة .

فذلكية :

والآن دعونا نلقى نظرة هادئة على العرف أو العادة ، أليست هى مانجمع عليه الامة ؟ فهل يعقل أن تجمع أمة محمد على ضلال وإلا كان معنى ذلك —

حاشا لله — إجماع في الخروج على الدين . ومن ثم فإن الأحاديث التريفة التي تكلمت عن إجماع الأمة لا تعنى في نظري سوى الأمة بمعناها المطلق ذلك أن القاعدة الكلية — وقد وردت في المجلة العدلية — تقرر أن « المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد » دليل التقييد بصا أو دلالة « . وعندى أنه لا دليل على تقييد مفهوم الأمة في مدلول تلك الأحاديث بأنها الملأ من الفقهاء ، لأن الرسول أطلق الالفاظ — مثل الناس والأمة ولم يَحصرها في الفقهاء فحسب كيما توجه للناس جميعا — عالمهم وجاهلهم — فقال أنتم أعلم بشئون دنياكم . وقد أسمى شعب المدينة بالأمة . ومن ثم فإن الإجماع عندى ليس هو إجماع العلماء كما ذهب الفقه التقليدى — بل هو إجماع الناس الذى يتشخص في عادة أو عرف . أما إجماع الفقهاء — في صورته المتعددة فهو — كما اسلفت — اجتهد فقهي جماعى . على أننى لا أجرد العرف أو العادة من الجهد في استنباط الحكم وهو جهد تضبطه ضوابط الاجتهاد كغيره من طرق الاجتهاد . بيد أن الناس يستمدون تلك الضوابط بما حبلوا عليه من فطرة وما وقر في بشرتهم من سجية ، فهم يعيشون ويستحسنون ويستدلون بوعى فطرى وعقلية جماعية .

وهكذا أنتهى — كما قلت من قبل — إلى أن الدليل الوحيد على أحكام الشريعة هو الاجتهاد على اختلاف في المجتهد : فقد يكون المجتهد فقيها وقد يكون قاضيا وقد يكون ولي الأمر، والعرف من وراء ذلك معين ومساعد . ولذا فإن القاعدة أن على المجتهد أن يجعل العرف نصب عينيه فلا يحيد عنه كما أن على القاضي أن يطبقه ويبنى قضاءه عليه (عبد العزيز العلى النعيم — اصول الاحكام الشرعية ومبادئ علم النظم — الرياض ١٣٩٧ — ١٩٧٧ ص ٧٧) .

4
,

مبحث ملحق فى النظرية الإسلامية والقانون الرومانى

١ - الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى :

يشير نفر من المستشرقين قضية علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى وتختلف مواقفهم من هذه القضية . فمنهم من قال بأن الشريعة الإسلامية قد تأثرت بالقانون الرومانى ومنهم من نفى ذلك ومنهم من التزم موقفا وسطا فارتأى أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت فى بعض أحكامها فحسب بالقانون الرومانى .

ويبدى الفقهاء المسلمون حساسية بالغة حيال تلك القضية ويبدلون الجهد الجهد لنى أية صلة بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى واثبات أصالة الأحكام الإسلامية وتفرّد مفاهيمها .

وكان المستشرق الايطالى دومنيكو جاتسكى هو أول من زعم أن الشريعة الإسلامية تدين فى جوهرها للقانون الرومانى (Gatteschi, Dominico- Manuale di Diritto Pubblico et Privato Ottomano, Alessandria, 1865, p. 45.).

ويعتبر جولد تسهير مثالا للمستشرق المتغالى فى انكار أية أصالة للشريعة الإسلامية والامتهانة بما خلفه العرب من تراث . فالاسلام فى نظره هو نتيجة تأثيرات مختلفة تكون بعضها باعتباره تصورا أو فهما أخلاقيا للعالم وباعتباره نظاما قانونيا وعقديا حتى أخذ شكله النهائى ، ونظامه الفقهى الدقيق يشعر بتأثره بالقانون الرومانى . وفى نظره العمياء — أن تبشير النبى العربى ليس إلا مزيجا منتخبا من معارف وآراء دينية عرفها أو استقاها بسبب اتصاله بالعناصر اليهودية والمسيحية وغيرها التى تأثر بها تأثرا عميقا .

ولا يدل شاحح عن حولد تسهير عنتا في تصويره للشرعية الإسلامية فالعلم التشريعي الإسلامي في رأيه لم يتكون إلا في أواخر العهد الأموي وبعد أن فتحت الحضارة الإسلامية أبوابها لمن أسلم من غير العرب الذين يعود إليهم الفصل في نقل ما عرفوه من المبادئ والأحكام القانونية إلى الإسلام لأن أحكام الإسلام كانت تفتقر قبل ذلك إلى المواصفات التي تجعل منها أحكاما قانونية بالمعنى الصحيح (Schacht, Joseph- Esquisse d'une histoire du Droit Musulman, Librairie Orientale et Americaine, Paris, 1952, pp. 9è24).

أما ثالثة الأثافي فهو لامبير الذي يقول إن الفقه الإسلامي لم يكن نتيجة طبيعية للبعوغ العربي وإنما كان مستوردا من شعوب فارس وبلاد الشام Lambert, Eduard- La Fonction du droit civil comparé, Giard et Brière, Paris, 1903, p. 356).

ولا أرمع هنا أن أعرض لهذه القضية بالتفصيل فذلك يمكن وحده أن يستغرق حين هذا السفر لا سيما وأسى أرى الحد الذي دار بين الفريقين — المستشرقين والمسلمين — ينسم بحماس صرف الجميع عن أن يتوخوها إلى لب القضية وحرر الدعوى . ولو أنهم تدبروا كتاب الله لوحدوا فيه الحجة السالفة والأدلة الدامغة ولما كلفهم ذلك جهدا ولا عناء . ولذا فإنني أعرض لما قاله الفريقان في إنجاز بالغ .

يستند المستشرقون الذين ذهبوا إلى أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت — على خلاف بينهم في مدى التأثير — بالقانون الروماني إلى العديد من الحجج التي أسردوها إجمالاً فيما يلي ومعها تعليق الكتاب المسلمين :

١ — كانت الصلات التي قامت بين العرب والرومان — وبخاصة الصلات التجارية — سببا في أن تأثرت الأنظمة العربية قبل الإسلام بالقانون الروماني فانتقلت بعض الأنظمة الرومانية إلى الحياة العربية الجاهلية (ت . ج . دى بور — تاريخ الفلسفة في الإسلام ، ترجمة محمد عبد الهادي أبو ريدة ، القاهرة ، ١٩٣٧ ، ص ٤٢) .

ونجيب المسلمون بأن الداوة ظلت هي السمة الغالبة على معظم سكان شبه الجزيرة فحالت دون أن تتفاعل الحياة العربية مع حضارات الأمم المخالفة . ولم يعبر من ذلك قيام العساسنة في الشمال لأنهم كانوا على غير دين العرب ولغتهم فلم يصلحوا معبرا لنقل أحكام القانون الروماني إلى الجزيرة العربية . ثم إن الصلات التجارية اقتضت على رحلة الصيف من كل عام وعلى عدد محدود من قریش كانوا هم المشرفون على تلك الرحلة . ومثل هذا الاتصال المحدود زمانا ورحالا لا يمكن الاستناد إليه في تأكيد أن النظم القانونية في جزيرة العرب قد تأثرت بالنظم القانونية الرومانية .

٢ — يذهب بعض المستشرقين أمثال دارست (Dareste, R.- Etude d'histoire du droit, Paris, 1889, t.I, p. 54) ولامبير وبلودين (James Baldwin- Dictionary of Philosophy and Psychology, Peter Smith, Gloucester, Mass., 1957) إلى أن اليهود والنصارى كانوا واسطة نقل بعض مفاهيم القانون الروماني قبل الإسلام إلى العرب وقد أدى هذا بدوره إلى أن تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني بطريقة غير مباشرة لأن الإسلام أقر بعض النظم القانونية التي كان العرب يشايعونها قبل الإسلام .

ويرد المسلمون ذلك بأن يهود الشام كانوا أقل استجابة للحضارة الرومانية لأسبابا الفريسيون منهم ولعل العكس هو الصحيح فقد تأثر القانون الروماني بالتنظيم والقواعد اليهودية لاسيما خلال العصر البيزنطي (صوفي حسن أبو طالب- بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مكتبة النهضة ، القاهرة ، ص ٦٣) .

ثم إن قلة من العرب هي التي كانت تدين باليهودية لاسيما بعد حملة الأحباش عليهم في أوائل القرن السادس الميلادي . والامر كذلك بالنسبة للنصارى فإن عدوهم كان محدودا فضلا على أن مسيحي نجران كانوا من اليعاقبة وليس من النساطرة ولذا فإن صلاتهم مع الأحباش كانت أقوى منها مع الرومان (على سامي النشار — نشأة الفكر الفلسفي الإسلامي — دار

المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٥ ، ص ٦٧) . (واليعقوبية مذهب يسب إلى يعقوب البردعاني ويقوم على أن الإنسان والله قد اتخذا في طبيعة واحدة هي السيد المسيح وكان منتشرًا في عسك وسائر قبائل الشام . أما النسطورية فمذهب ظهر في القرن الخامس الميلادي وينسب إلى نسطوريس (الذي رُفِي إلى اسقفية القسطنطينية عام ٤٢٧) ويقول بأن المسيح ذو طبيعتين ففيه يوجد شخص الهى (الكلمة Logos) وشخص بشرى ويتصل الشخصان كل بالآخر ويعملان في انسجام تام) .

هذا إلى جانب ان المراكز الثقافية المسيحية كانت بعيدة عن الجزيرة العربية إذ تركزت في الاسكندرية وانطاكية ونصيبين والرها وقد أصبحت للمسيحية هي الديانة الرسمية للامبراطورية فقط بعد أن اعتنق الامبراطور قسطنطين المسيحية سنة ٣١٢ وهذا ازداد الاهتمام بالقضايا العربية وفرضت السريانية ذاتها لغة اليونانية وما واكب ذلك من احياء للوعى القومى :

والجدير بالذكر أن الاهتمام باللغة اللاتينية في بلاد الشام اقتصر على الراغبين في دراسة المحاماة وأما الاهتمام باللغة اليونانية فقد انحصر في الراغبين في دراسة الفلسفة .

وهكذا فإن القانون الرومانى — حتى في طابعه البيزنطى — لم يهيم على بلاد الشام فقد احتفظت شعوب تلك المنطقة بقوانينها وتقاليدها المحلية .

ويرى البعض أن النظام القضائى الرومانى الذى عم بلاد الامبراطورية البيزنطية (نظام البريتور) كان له أثره على فقهاء المسلمين . بيتا يذهب نفر ثالث إلى أن التأثير بالقانون الرومانى تحقق عن طريق مدارس القانون الرومانى التى كانت منتشرة في الشرق . ومن المستشرقين — امثال جولد تسهير (أنجنس جولد تسهير — العقيدة والشرعية في الإسلام ، ترجمة محمد يوسف مرسى وعبد العزيز عبد الحق وعلى حسن عبد القادر . دار الكتاب المصرى . القاهرة ، ص ٤٧) من يزعم أن فقهاء المسلمين قد تعرفوا على القانون الرومانى عن طريق حركة الترجمة .

ويدفع المسلمون تلك الدعوى بأن القواعد التي احتواها القرآن والحديث قواعد أثبت أكثر من فقيه مسلم مدى تقدمها وتطورها بالمقارنة بالاحكام الرومانية المعركة في شكيلات عجزت عن ان تواكب مسيرة الزمن أو ان تعايش الأمور . ثم ان المعتقد المسلم لابد ان تتوافر فيه شروط منها التزامه اساسا بالمصدرين الاساسين : القرآن والحديث .

ولانس أن المدارس الفقهية الإسلامية لم تنشأ في المناطق التي كانت خاضعة للحكم الروماني فمالك في المدينة وهناك تتلمذ الشافعي عليه . وأبو حنيفة في الكوفة ، وأحمد في بغداد ، أما الأوزاعي في الشام فكان من أهل الحديث وقد ضاعت آثاره ، كما ان مذهب الليث بن سعد في مصر لم يكتب له البقاء .

وقد ألغى الامبراطور يوستينياوس سنة ٥٢٩ — أي قبل أكثر من قرن على الفتح العرفي لمصر والشام — كثيرا من مدارس الحقوق حفاظا على المجموعات القانونية التي اصدرها والمسماة مجموعة الحقوق المدنية Corpus Juris Civilis وتعرف ايضا بالعربية باسم مجموعة جستنيان (راجع الترجمة العربية في عبد العزيز فهمي مدونة جستنيان ، دار الكتاب المصري ، القاهرة ١٩٤٦) . وتدفع تلك الدعوى بأن نظام البريتور ألغى سنة ٣٨٦ م (أي قبل ماينيف على اربعة قرون من ظهور الدعوى الإسلامية) .

وكان الرسول ﷺ ومن بعده ابوبكر هما قضاة الدولة فلما فصل عمر الولايات اصبح للقضاء ولاية متفرغون . كذلك لم يثبت تاريخيا أن قضاة أهل الكتاب قد طبقوا القانون الروماني .

— صحيح ان الدولة الإسلامية شهدت — منذ العصر الأموي — حركة ترجمة نشطة من اليونانية إلى العربية لا سيما على يد النصاري بصفة عامة والسريان منهم بصفة خاصة (مثل ابن كزومي وسرجيس الرسفي ويعقوب الهاراني في العصر الأموي وحنين بن اسحق وابنه اسحق وقسطاني لوقا وثابت بن قره في العصر العباسي) وأن هؤلاء نقلوا من بين ما نقلوا بعض كتب

القانون مثل الكتاب المسمى « الكتاب السورى الرومانى » أو « قوانين الأباطرة قسطنطين وتيودوسيانوس وليون » إلا أن نشاط حركة الترجمة لا يعنى حتماً ولزماً أن الفقه الإسلامى قد تأثر بما ترجم من القانون الرومانى . ثم إن الكتاب الذى اشرنا اليه ترجم إلى العربية سنة ١١٠٠ ميلادية — أى بعد مضى زهاء ثلاثة قرون على نضج الفقه الإسلامى واكتماله فإن أحدث المدارس الإسلامية (المدرسة الحنبلية) ولد صاحبها ابن حنبل عام ١٦٤هـ / ٧٨٠ م وتوفى عام ٢٤١ هـ / ٨٥٥ م . فضلاً على أن فقهاء الرومان لا ذكر لهم فيما خلفه الفقه الإسلامى التقليدى من دراسات (صوفى حسن أبوطالب — المرجع السابق . ص ٧٥) .

وكذلك هناك فرق جوهري بين نظرة الفقهاء الرومان ونظرة الفقهاء المسلمين للقانون . فالقانون عند الفقهاء الرومان هو مجمل القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية وتفرضها الدولة على الناس ولو بالقوة عند الاقتضاء . أما القانون الإسلامى فيعالج العلاقات من أى نوع كانت ويتدبرها سواء أكانت علاقات مع الله أم مع الناس ، يدخل فى ذلك أشياء كثيرة كالصداقات على الفتراء والزكاة والأنظمة العائلية والشهد المدنية والاقتصادية والسياسية ... وينتج من ذلك أن الشرع الإسلامى لم ينظر إليه كالشرع الرومانى أو القانون المدنى — كأشياء ترسبت من الأجيال وتفتقت عنها قرائع عديدة ونجاءت بها التجارب التاريخية لتنعب من الشعوب فعمله الأولى هو أن يصنف الأعمال وفقاً لمفهوم الخير والشر المطلق » (هـ . أ . ر . جيب — الاتجاهات الحديثة فى الإسلام ، ترجمة كامل سليمان ، منشورات دار مكتبة الحياة . ١٩٥٤ ، ص ١٥٠) .

ويبدو الاختلاف بين التصورين — الإسلامى الرومانى — للقانون بمقارنة مصادر وتقسيمات كل منهما ، فقد شملت مصادر القانون الرومانى — على مبر عصوره — العرف والعادات Jus majorum ، والشرع الذى بدأ مع « قانون الاثنى عشر لوجا » (٤٥١ / ٤٥٠ ق . م) ، والقرارات الصادرة عن

مجلس الشعب أو المجالس اقامية مثل Comitia Tributa ومجلس الشيوخ ، وخطط ومنشورات البريتور ، وقرارات ومنشورات الحكام ، والدساتير الامبراطورية المختلفة كدستور كاركلا (٢١٢ م) الذى منح سكان الامبراطورية الجنسية الرومانية ، والفتاوى واجتهادات المتشرعين Respons Prudentum ، ومؤلفات كبار المستشرقين مثل كونتس موشويس سكيڤولا او أفيليوس Ofilius وألفينوس فاروس Al Fenus Faras وجايوس Gais وباتيانوس والبيانوس وبولص ومودسيتينوس .

وقد يعد القانون الرومانى فى مرحلة نضجه عن الدين واتصف — باستثناء الدور البيزنطى — بكونه قانونا عمليا يتحاشى النظريات أما الشريعة الإسلامية فمصدرها القرآن الكريم والحديث الشريف ومن هذين المصدرين يستمد الفقه الاحكام سالكا فى سبيل ذلك طرائق معينة مثل القياس والاستحسان والاستصحاب والمصالح المرسلة والدرائع . وتتميز الشريعة الغراء بانها ذات غايات عملية تتصل بواقع المجتمع وليست تأملات فلسفية .

وقد قسم الرومان قانونهم على اربعة اوجه :

- (١) الحقوق المدنية والحقوق الدولية .
- (٢) الحقوق المكتوبة والحقوق غير المكتوبة .
- (٣) الحقوق العامة والحقوق الخاصة .
- (٤) حقوق الاشخاص وحقوق الاشياء وحقوق الدعوى .

أما الشريعة الإسلامية — وهى مستنبطة من القرآن والحديث — فتقسم الفقه إلى قسمين رئيسين : العبادات والمعاملات . وقد تناول الفقهاء المسلمون المحدثون — وفى مقدمتهم الاستاذ الدكتور السهنورى — فى دراسات مطولة — بيان مدى اختلاف فلسفة القانون فى الشريعة الإسلامية عنها فى القانون الرومانى (انظر على سبيل المثال : عبد الرازق السهنورى — أصل الحق ، ستة اجزاء ، القاهرة) ، ولا مجال هنا للإطالة فى هذه النواحي واجتزأ بما اوضحه بين دفتى هذه الدراسة من مقارنات بين قانون السلام فى الإسلام وقانون السلام المعاصر .

رأى الخاص :

لا مرأى فى ان الشريعة الإسلامية قانون مصدره القرآن وأن الشريعة الرومانية قانون من صاغة الانسان وأن الدعوى التى تنكر على الشريعة الإسلامية أصالتها دعوى باطلة من أساسها ولاحتل فى ان كثيرا من الدرائع التى تقول بها المستشرقون درائع واهية الحجة ضعيفة المنطق وأن مادفع به الكتاب المسلمون فيه من الوحاه مايقع بسلامة منطلقه ويزكى نبيل مقاصده ولكنا لاستطيع ان نقول فى موضوعية مجردة إن ماقاله أى من الفريقين — المستشرقين والمسلمين — فى تأييد دعواه صحيح على اطلاقه أو خطأ فى كل تفاصيله .

فان احقق المدقق لايملك أن ينكر ان القانون الرومانى يعتبر فى نشوئه وتصوره نموذجاً لدراسة نشوء وتطور الشرائع فى العصور القديمة فلا عجب ان يقال إن روما فتحت العالم ثلاث مرات : مرة خبيثها ومرة بينها، ومرة بقانونها وأن الفتح الأخير هو أبعدا أثرا (انظر Brissaud, Jean Baptiste- Cours d'histoire generale du droit Francais, Paris, Fontemoing, 1920, Vol. I., p. 192).

نقد مر القانون الرومانى — خلال تطوره — بمراحل ثلاثة :

(١) المرحلة الأولى وتبدأ بتأسيس مدينة روما عام ٤٥٧ ق . م وتنتهى بصدر قانون الألواح الاثنى العشر ٤٥١ ق . م ، وهى مرحلة الطفولة حيث ارتبطت قواعده بالتقاليد الدينية واقتصرت على الاحوال الشخصية وبعض الظم المدنية.

(٢) المرحلة الثانية وتبدأ مع صدور قانون الألواح الاثنى العشر وتنتهى ٢٨٤ وهى مرحلة النضوج فقد قننت خلال تلك المرحلة الاعراف الرومانية فى قانون الألواح الاثنى العشر الذى بعد البناء الاساسى للشريعة اللاتينية إذ استقلت أحكامه المدنية عن الدين ولم يبق فيه من أحكام الدين إلا بعض

القواعد المتعلقة بالجنايات ومعنى الاحكام الخاصة بالتقوم الدينى الضرورية لاجراءات التقاضى ، واصبح قانونا عاما للرومان دون غيرهم من سكان روما . وظهرت مبادئ قانونية سميت القانون القضائى — نتيجة تعامير الفقهاء وجهود البريتور . كما تكونت مبادئ وقانون الشعب بفصل مجيود البريتور المختص بقضايا الاحانب وطرات تطورات هامة بقاء على قرارات — صدرت عن مجالس الشعب .

(٣) المرحلة الثالثة وتبدأ مع بدء حكم الامبراطور ديوكليسيانوس (٢٨٤ م) وتنتهى بانتهاء حكم الامبراطور يوستينيانوس (٥٦٥ م) . وتمثل هذه المرحلة الدور البيزنطى للقانون الرومانى وخلالها انشطرت الامبراطورية الرومانية شطرين : الامبراطورية العربية وكانت روما هى عاصمتها أولا ثم مدينة ميلانو فمدينة رافينا ، والامبراطورية الشرقية وعاصمتها بيزنطة التى سميت فيما بعد القسطنطينية . وقد انتشرت المسيحية عبر هذه المرحلة فأصبحت دين الامبراطورية الرسمى ، وتحول نظام الحكم إلى حكم مطلق صريح وغدا الامبراطور هو المصدر الاوحد للتشريع ؛ وقد أضفيت الجنسية الرومانية — فى هذه المرحلة — على سكان الامبراطورية جميعا وخضعوا تبعاً للقانون الرومانى وبدأت القوانين المحلية تتسرب إلى القانون الرومانى مما دفع الاباطرة إلى جمع القوانين الرومانية فى مجموعات رسمية وكان من أثر نشر تلك المجموعات أن ضعفت الحركة الفقهية .

وقد فتر القانون الرومانى بعد ذلك باستثناء ماورد فى مجموعة « مختار القوانين Ecloga Legum » التى اصدرها الامبراطور ليون الثالث (٧٣٩ م) معدلا فيها الكثير من القواعد التى تضمنتها مجموعة يوستينيانوس .

وظل الامر على هذا النحو إلى أن فتح العثمانيون القسطنطينية وبدأ عصر النهضة فى اوروبا الذى كانت من بين سماته اهتمام العديد من البلدان الاوربية بدراسة مبادئ القانون الرومانى واقتباس الكثير من مبادئه وقد أغراها على ذلك ماتمتع به تلك المبادئ من متانة وماتخويه من فكر قانونى رفيع .

وما كان لقواعد القانون الرومانى ان تبقى هذه الفترة من الزمن لولا قدرة الرومان انفسهم على الجدل الفقهي وخلق الافتراضات القانونية Fictions Legales ومرونة القواعد ذاتها وصلاحياتها لمطابقة الظروف ومعالجة الاحداث . وأمر مضطئ ألا يخلو ذلك القانون — وقد بلغ درجة عالية من الصوح — من بعض أحكام فطرية أو طبيعية تتفق مع فطرة الله التي فطر عليها الناس . وتلك ليست ميزة يتفوق بها القانون الرومانى على غيره من القوانين لان فطرة الله التي طبع عليها الناس فطرة مستمرة متسلسلة ، ويدهى ان تستجيب إلى قواعد عامة تنظم علاقات الناس لا تتغير في عمومها بتغير الزمان والمكان . ولذا فإن قوانين البشر منذ بدء الخليقة تشترك في اقتباس تلك المبادئ واقرار هاتيك الاصول . ه فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله » (الروم / ٣٠) . ووسيلة البشر إلى التعرف على تلك الاصول — التي هي سنن الفطرة أو القانون الطبيعي للناس — كما يفسر فقهاء الغرب — هي العقل . ومن ثم فان عقل الانسان — وهو قدرة من قدرات الله — قد يكشف عن تلك الاحكام باجتهاده وقد تنكشف بوحي من الله . والعقل في الحالتين — الاجتهاد والوحي — انما يتعرف على قوانين فطرية وقواعد طبيعية . فلا عجب اذن أن تحتوى الشريعة الإسلامية — وهي شريعة الفطرة — من المبادئ والاحكام مايستجيب لتلك الفطرة ، وتبعا بما تتفق في بعضها مع قواعد سبق للعقل أن كشفها باجتهاده ، وفي قول آخر فإنه لا غرابة أن نجد في النظرية الإسلامية بعض الاحكام والمبادئ الفطرية أو الطبيعية التي نجدها في القانون الرومانى . ولكن بعض المستشرقين يتخذون من ذلك وسيلة مغرضة لتشكيك في الشريعة الإسلامية يزعم أن الشريعة الإسلامية بهذا قد تأثرت بالقانون الرومانى واقتسبت منه تلك الاحكام والمبادئ . ويدللون على هذا الزعم بما سبق ان اوجزت من أدلة . وينعت الفقهاء المسلمون من هذا المنطلق ذاته لتفيد مزاعم المستشرقين . وهذا هو ماآخذه على الكثير من الكتابات الإسلامية ، ذلك ان تماثل الشريعتين — الإسلامية والرومانية — في بعض المدركات الفطرية العامة أمر يقره العقل ولا ينكره لأن الشريعة الإسلامية لم

تأت لكى تفتطع علاقة المسلمين بمسيرة البشرية عبر القرون أو لتبدل بها حضارة غريبة إن أحكام الفطرة أحكام تعرفها البشرية منذ أن هبط آدم على الأرض ولا تختلف فيها شريعة عن الأخرى فما علمه الله لآدم من كلمات هى قواميس البشرية إن يوما هذا ونظرة هابيل التى تنكر جريمة قتله لأخيه لارالت هى النظرة التى تقوم بها كافة المجتمعات جريمة القتل « ولست تجد لسنة الله تبديلا » (الفتح / ٢٣) . ومن ثم فقد كان طبيعيا أن نلاحظ تماثلا بين الشريعة الإسلامية والشريعة الرومانية فيما هو حكم الفطرة وإلا لما كانت الحيفية السحاء دين الفطرة . ولكى الذى ينفى عن شرعة الإسلام تهمة النقل ويرفع عنها زيف التقليد هو أمها تنزيل من رب العالمين ، وتلك حقيقة تثبتها البراهين وتؤكدها الأدلة تأكيد اليقين .

وأغلب الظن عدى أن جمهرة من خاضوا فى علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى إنما يخلطون بين مصطلحي « الشريعة » و « الفقه » ويتعاملون مع المتضلعين على أنهما بديلان ولذا فانهم يسيبون الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى وهم يقصدون فى الواقع سبة الفقه الإسلامى إلى الفقه الرومانى . ومع ذلك فإن القرآن الكريم لم يفته أن يعرض لتلك القضية وأن يهدمها من أساسها بحجة بسيطة فى مبنهاا دامغة فى معناها . يقول المولى عز وحل « ولقد علم أنهم يقولون إنما يعلمه بشر لسان الذى يلحدون إليه أعجمى وهذا لسان عربى مبين » (النحل / ١٠٣) وإذن فما يرده المستشرقون من أباطيل ليس من ابتداعهم وما يمزحون به من أقاويل ليس من افتراءهم وحدهم فمحاولات النيل من شرعة الإسلام بدأت مع نزول القرآن وتجددت عبر الأيام على لسان الحاقدين الكفار وإن تغيرت وسائل التعبير واختلفت أدوات التفكير « يريد الله ليبين لكم ويهديكم سنن الذين من قبلكم » (النساء / ٢٦) .

إن الدليل الذى قدمه الكتاب الكريم لا ينتمى إلى الغيبيات ولا يعتمد على الروحانيات وإنما هو دليل ملموس وحجة واقعية . إن برهان القرآن على أن

أحكامه هي شرعة الرحمن هو حبكة الصياغة ودقة العبارة وسمو الأسلوب ولذا تحدى الانس والجن — منذ قراءة حمسة عشر قرنا — على أن يأتوا بسورة من مثله ، وإن كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله » (البقرة / ٢٣) . فإن تقاعست جهود الناس عن قبول التحدى وعجزت قدراتهم دون المجازاة فإن ذلك التقاعس والعجز دليلان ماديان على أن الشريعة الإسلامية شرعية رمانية . وإذن فلا مجال بعد ذلك للزعم بأن الكتاب الذى أنزله الخالق هو اقتباس من كتاب خطه المخلوق . وما احتواه القرآن الكريم من أحكام سبقت فيها شرعة الرومان هو تكرار لأحكام الفطرة التى كشفها الرومان بهدى من الله وعرفها المسلمون بوحي منه « يعلم ما بين أيديهم وما خلفهم ولا يحيطون بشئ من علمه إلا بما شاء » (البقرة / ٢٥٥) .

فكرية بلا جذور تضرب في تاريخ ماضى وعصر سبق ، وإنما جاءت لتهدم مالا يتفق مع الفطرة وتشذب ما يصلح منه للتشذيب وتستكمل ما تفتقر إليه تلك الفطرة من أحكام تضعها على الطريق القويم . وتوجهها إلى الدرب السليم . ومن ثم فإن السؤال الصحيح الذى يضع قضية علاقة الشريعة الإسلامية بما سبقها من شرائع وقوانين هي : هل عرف العقل هذه الاحكام والقواعد عن الشريعة الإسلامية باجتهاده أم بوحي من الله . فإن كانت معرفة العقل معرفة اجتهادية فعندئذ لانستطيع أن ننكر احتمال أن يكون من وضع احكام الشريعة الإسلامية قد نقل عن الشريعة الرومانية ، أما إذا كان العقل قد عرف تلك الاحكام عن وحي الهى فإننا يجب ان نقر بأن هذا التماثل ليس من قبيل التأثير أو النقل وإنما هو صنع الله الذى اتقن كل شئ وخلق الإنسان وعلمه البيان فهو الذى علم الرومان وغيرهم تلك الاحكام بما ركبهم فيها من فطرة وهو الذى علمنا تلك الاحكام بما أوحاه إلينا عن طريق رسوله الكريم . ولما كان المستشرقون قد استدلوا — من بين مزاعمهم — إلى ذريعة أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت باليهودية والنصرانية فأنى ألوذ — فى الاجابة على السؤال الذى أثيرته — بتحديد علاقة الشريعة الإسلامية — كما نزل بها القرآن الكريم — بما سبقها من شرائع سماوية فى اليهودية والنصرانية ليتضح لنا بجلاء ان

تكرار الاحكام في الشرائع السماوية هو أمر طبيعي لانها شرائع تتكامل وقوانين تنبثق عن نوع واحد هو الارادة الالهية ولذا يحق لنا أن نقول إن الشرائع السماوية هي في حقيقتها شريعة سماوية واحدة متطورة .

تلقت جميع شرائع الرسل الكرام منذ ارسل الله نوحا عليه السلام وحتى الرسالة الخاتمة على مهيّج واحد وتسير في منطلق ايمان في الدعوة اليه فملتهم واحدة ووجهتهم واحدة وعلى صوئها خاطبهم الله جميعا بقوله « ياأيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحا اني بما تعملون عليم وإن هذه امتكم امة واحدة وانا ربكم فاتقون » . (المؤمنون / ٥٢) .

واجتنب الحق سبحانه من بين الرسل خمسة وصفهم القرآن الكريم بأهم اولو العزم « فاصبر كما اولو العزم من الرسل » وذلك لاهم قاموا بحمل الامانة الالهية وبلغوا الدعوة الكبيرة والمتجددة . ولاقوا مالاقوا في سبيل ذلك فصبروا وصابروا ، وهم نوح وابراهيم وموسى وعيسى ومحمد عليهم جميعا افضل الصلاة واتم التسليم وقد كان لكل واحد منهم شرع جديد يختلف عن سابقه في شكل العبادة حسب استعداد الناس ويختلف باختلاف الزمان ليلائم الطامع ، ويتواءم مع فطرة الناس لحكمة واحدة هي هديتهم وسعادتهم في الدنيا والاخرة أما غيرهم من الرسل فقد كانوا يعيشون ويكلفون بتبليغ شرع غيرهم ممن قبلهم .

والإيمان بجميع الانبياء والرسل والكتب التي نزلت عليهم هو صلب العقيدة فليس يكون مؤمنا من ينكر رسولا أو كتابا وقد طلب القرآن الكريم من المسلمين ان يعلنوا هذا الإيمان وان يكون تصديقهم للرسل سواء فلا فرق بين رسول وآخر ولا بين من له كتاب ومن ليس له كتاب اذعانا لقول الله تعالى « قولوا آمنا بالله وما أنزل إلينا وما أنزل إلى ابراهيم واسماعيل واسحق ويعقوب والاسباط وما أوتى موسى وعيسى وما أوتى النبيون من ربهم لا نفرق بين احد منهم ونحن له مسلمون » . (البقرة / ١٣٦) .

ومرد هذا الادعاء بالاعلان عن هذا الايمان هو ان الاسلام ساسه الاذى إما هو الدين الذى هبطت به كل الرسائل ونادى به سائر الرسل والاسياء وإليه انتمى جميع التابعين له وفيه يسلم الناس وحوههم وقلوبهم لخالقهم سبحانه وتعالى. يقول نوح عليه السلام : « وامرت أن اكون من المسلمين » . ويقول الخليل عليه السلام « إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وأنا أول المسلمين » (الانعام / ١٦٢) . ويقول موسى عليه السلام « يا قوم إن كنتم آمتم بالله فعليه توكلوا إن كنتم مسلمين » (يونس / ٨٤) ، فقد اشترط فى التوكل ان يسلموا انفسهم لله ويخضعونها حالصا له فلا حظ للشيطان ، ويقول الخواريون لعيسى عليه السلام ، « آمنا بالله واشهد بأئنا مسلمون » (آل عمران / ٥٢) . وقد وصى يعقوب عليه السلام بنيه قائلا : « يا بني ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتوا إلا وانتم مسلمون » . ويوجب الأبناء عن استفسار ايهم « نعبد الهك واله ابائك ابراهيم واسماعيل واسحاق الها واحدا ونحس له مسلمون » . (البقرة / ١٣٣) .

وعندما سمع بعض أهل الكتاب القرآن قالوا : آمنا به انه الحق من ربنا إنا كنا من قبله مسلمين » (القصص / ٥٣) . من كل ذلك وغيره مما جاء على السنة الرسل المذكورين فى القرآن الكريم يوضح لنا ان علاقة الاسلام بالاديان الاخرى هى علاقة الشيء بذاته مادام جوهره هو جوهر كل الرسائل ودعوة رسوله هى دعوة كل الرسل ، وأما ما انفرد به كل نبي من شريعة معينة فهذا مدلول معين وتعريف خاص ، واطلاق فى عرف الناس كاطلاق الاسلام على شريعة محمد ﷺ واطلاق اليهودية على شريعة موسى والمسيحية على شريعة عيسى عليهما السلام . وكذلك ما اختصت به كل شريعة من احكام وآداب فذلك حسب ما يتناسب مع كل امة فى كل زمان ومكان .

وعلاقة الاسلام كشريعة بالاديان الاخرى وموقفه منها يتمثل فى التصديق والهيمنة . أما التصديق فهو لتلك الكتب قبل أن يدخل عليها تزيف أو تحريف وأما الهيمنة فهي على ما دخل من التغير والتحريف عليها فبالسبب للامر الاول نرى ان الاسلام جاء مصدقا للرسالات السابقة . وأن القرآن قد جاء مؤكدا

لما قبله من الكتب السماوية . فإذا كان الانجيل مصدقا للتوراة فإن القرآن مصدق للانجيل والتوراة وما بين يديه من الكتب يقول تبارك وتعالى « وقفينا على آثارهم بعيسى بن مريم مصدقا لما بين يديه من التوراة واتياد الانجيل فيه هدى ونور ومصدقا لما بين يديه من التوراة وهدى وموعظة للمتقين » . (المائدة ٤٦ — ٤٨) .

وفوق ذلك فإن الحق سبحانه أحد على جميع الانبياء والمرسلين العهد والميثاق ان يؤمنوا بمحمد وينصروه واحدا اقرارهم بذلك . يقول سبحانه « وإد أخذ الله ميثاق البين لما اتيتكم من كتاب وحكمة ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ولتنصرنه قال أأقررتم وأخذتم على ذلکم اصرى ، قالوا اقررنا قال فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين » (آل عمران / ٨١) .

على ان تصديق الكتب السماوية المتأخرة للكتب المتقدمة لا يعنى انها لا تغير ولا تبدل منها شيئا إذ مع تصديقها لها قد تغير منها ، فقد غير الانجيل من احكام التوراة وبين أن المسيح عليه السلام جاء ليحل لى اسرائيل بعض الذى حرم عليهم ، كذلك فإن القرآن الكريم قد عدل من احكام كل من التوراة والانجيل . وهذا التصديق ليس تناقضا بين المتأخر والمتقدم ولا انكارا منه له ، وإنما هو احدى ما يتناسب مع الزمن والظروف والاطوار ، وهناك من الامور ما تسمح الشريعة اللاحقة بابقائه واستمراره فى نطاق ظروفه السابقة .

ومن هذا يتضح لنا أن الشرائع جميعا كانت بمثابة اللبنات فى بناء هذا الدين وكانت مهمة اللبنة الاخيرة وهى الشريعة الخاتمة اكمال هذا البناء لأن الرسول الخاتم جاء بالحق وصديق المرسلين ، وبه يتم البناء .

٢ — علم أصول الفقه وضوابط الاجتهاد فى الفقه الرومانى :

علم اصول الفقه هو العلم الذى يبحث فى نصوص الاحكام الشرعية ووجوه دلالتها على تلك الاحكام (قارن المستصفى للغزالي ، المطبعة الاميرية ، ١٣٢٢ هـ ، ج ٥) . وقد وجد هذا العلم — إلى جانب الفقه — عندما

نشيطت الحركة العلمية بعد عهدها الفسحانة ، لذلك لم يلبس الا « سر السره » ان
أحضر في دولته ونشأته إلى قواعد وقوانين لتحتفظ هذا العلم « سر السره » ان
علم أدلة الاحكام — وكل ذلك تحت تأثير تلك الحركة العلمية (السره)
معروف الدواليبي — المدخل إلى علم أصول الفقه ، بيروت ١٩٦٠ ، ص
(١١٠) .

وكما اثارت علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني قضية فان علاقة
اصول الفقه بضوابط الاحتاد في الفقه الروماني قد اثارت قضية أيضا .

وكعادة جمهرة المستشرقين فانهم يريدون أن يستأثروا بالفضل لانفسهم
ولا سلافهم . وكعادة جمهرة الفقهاء المسلمين فانهم يقفون على الطرف المقابل
من النقيض فيأرون من كل صلة بالغرب وأفكاره ويدللون على أصالة جهدهم
الخلاقي .

وعندما يثور جدل حول حملة علم أصول الفقه مما خلفه الرومان من تراث
فكرى قابوئى يقفز إلى الذهن مباشرة مستشرق له صولاته وجولاته في هذا
المرتج متسلحا بمعرفته الضليعة في اللغة العربية ، ذلك هو المستشرق جولد
تسهير الذى يتصدر دائما قائمة المستشرقين في الدراسات الإسلامية .

ويذهب جولد تسهير إلى أن المسلمين قد استقوا أدلتهم التى بنوا عليها
مفاهيمهم القانونية من مرحلة قديمة من مراحل الفقه الروماني ويستدل على
ذلك بعدة أدلة ، لعل أهمها هو :

(١) ان الفقهاء المسلمين استعاروا كلمة Jurisprudentia الرومانية وترجموها
إلى العربية بلفظة « فقه » .

(٢) وقد أخذوا اسانيد الفقه — الرأى والمصلحة والاستصلاح — عن
القانون الروماني .

(٣) كما اخذوا فكرة التزواج بين القانون المكتوب والقانون غير المكتوب —
أى الشريعة والعرف .

(٤) وأن الأوزاعي والسادسي — وكلاهما من أئمة الأدب — نشأ في سورية حيث اطلنا على الفقه الروماني وبغلا عنه في علم أصول الفقه .

ويرد الكتاب المسلمون على تلك الدرائع بالآتي :

(١) إن كلا من لفظة « فقه » ولفظة *Jurisprudencia* تعني العقل والفهم وليس خافيا أن كافة النظم القانونية تعتمد — عبر الحقب التاريخية المتلاحقة — على التروء بالعقل والفهم . ومن ثم فإن لفظة « فقه » لم تأخذ من القانون الروماني وإنما هي مسمى تشترك فيه الحضارات القانونية جميعها بل إن المصطلح اللاتيني يفتقر إلى الدقة في مقابلة المعنى الذي يعنيه مصطلح « الفقه » عند المسلمين .

(٢) إن اصطلاح « أهل الرأي » اصطلاح يطلقه المعارضون للمدرسة الحنفية على اصحاب تلك المدرسة اظهارا لاعتراضهم على ان يكون الرأي هو المسلك لسن القوانين .

(٣) إن المنفعة العامة — المصلحة أو الاستصلاح — ليست مبدأ رومانيا وإنما هي مبدأ يهودي ظهر في المتن في القرون الوسطى ، ومع ذلك فإن المسلمين لم يكونوا بحاجة إلى نقل المبدأ عن اليهودية ولديهم ما يغنيهم عن ذلك في كتاب الله وسنة رسوله .

(٤) إن التزاوج بين التشريع والعرف يتحقق في النظم القانونية عندما تبلغ مرحلة معينة من النضج وليس ميزة يستقل بها القانون الروماني ولذا يرفض المسلمون القول بانهم اخذوا هذا التزاوج عن القانون الروماني .

(٥) صحيح أن الأوزاعي نشأ في سورية ولكن فقهه اندثر ولم يصل إليها منه شيء ، أما الشافعي — وإن كان قد ولد في غرة — إلا أنه تركها غلاما صغيرا إلى مكة حيث ترعرع ولم يرد عنه انه ارتحل إلى سورية بعد ذلك كما ان احدا من أئمة الفقه الآخرين لم يقم في سورية خلال عصرى الامويين والعباسيين .

ويضيف المسلمون — تدعيما لقولهم — أن علم الاصول لم يستخدم

مصطلحات لاتينية وليس في مؤلفاته إشارة إلى مرجع روماني (محمد يوسف موسى — المرجع السابق ، ص ١١١) . ثم ان الشريعة الإسلامية تقوم على تصور مخالف للتصور الروماني . ذلك ان الشريعة الإسلامية — بوصف أنها شريعة إلهية — تقدر الأفعال من حيث الاباحة والخطر بحسب تدرجها كأفعال واجبة أو مفروضة أو مندوبة أو مباحة أو مكروهة أو محظورة . أما القانون الروماني — بوصفه قانونا وضعيا — فيتناول الحقوق المشتقة من أفعال معينة ذات اثر قانوني . وإذن فمصح المفكرين مختلف في نظريته إلى قواعد الأصول .

والحق أن من المستشرقين من وقف إلى جانب الفقه الإسلامي امثال ارميجون Arminjon وولد Noldee وولف Wolf (راجع مؤلفه — Traité de droit comparé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, Paris, tome I, 950 Nallino) راجع محاضراته بعنوان « نظرات في علاقات الفقه الإسلامي بالقانون الروماني في صلاح المنجد . المتقى من آراء المستشرقين ، الجزء الأول ، مطبعة خة التأليف والترجمة والنشر في القاهرة ١٩٥٥) ويقول نليو إن الذين زعموا بأن الفقه الإسلامي قد نقل في قسم كبير منه عن القانون الروماني قد اغفلوا ما بين المذاهب من اختلافات ويصطادون بكل جهد التشابهات وأهملوا البون التاسع بين الغرب القديم والعالم الإسلامي في تصور القانون ومصادره . ويؤكد نليو أن العرب قد أنشأوا فقههم اشاء مستقلا في القسم الأعظم منه .

ولو أنهم أرادوا محاكاة القانون الروماني لما بعثوا مسائل المعادن أو العبيد أو منكية الأراضي في ابواب شتى ولما وضعوا مسائل الربا في باب البيوع . ومن المستشرقين المؤيدين اذكر ايضا : فرانتز روزنتال « مناهج العلماء والمسلمين في البحث العلمي ، ترجمة ايس فريخه ، دار الثقافة ، بيروت ، بيروت ، ١٩٦١) ، وسانتيلانا Santillana - Law and Society, The Legacy of Islam, edited by sir Thomas Arnold and Alfred Guillaume, Oxford University

Press, London, 1952) (Mohammaden Law, Oxford, 1931)

وفيتز جبرالد Fitzgerald (راجع مؤلفه The Alleged Debt of Islamic Law to Roman Law وكذا مقالة له بعنوان Quarterly Review, vol. 67. Jan 1951, pp. 18-102 ورايس Zayes (راجع كتابه Traité élémentaire de droit musulman, Alger, 1885-18868)

وإذا اردت أن ادلى دلوى فى هذه القضية فانى أحب أن ابه أولا إلى أن الحديث ها عن علم أصول الفقه هو حديث عن علم وضعه الفقهاء لضبط طرق الاستدلال والاستنباط من أحكام فى القرآن والحديث ولا شأن له بأحكام القرآن والحديث فى ذاتها . وفى قول آخر فإن مناقشة علم الأصول إما تتعلق بمناقشة اجتهاد بشرى وانتداع اسان ولا تتناول بصوص القرآن واخذ الحديث . فعندما نقرأ قوله تعالى « إنما الأمر والميسر والاصحاب والالزام رجس من عمل الشيطان » فإننا نقرأ نصا قرأيا . وعندما سأل عن حكم اخذات لأخذ حكما مباشرا لها فى القرآن ولكن الفقيه عندما يستنبط حكم اخذات قياسا على حكم الأمر يستخدم ضابطا فى الاستنباط هو القياس واستخدام القياس ليس من الصواب التى جاء بها القرآن وإنما هو من الصواب التى وضعها الإنسان لفهم أحكام القرآن . ولقد بدأت باراز هذا الفارق ليقى فى مخيلتنا وأنا ناقش القضية المعروضة . ان الرأى عدى هو أن القضية كما عرضتها بأدلتها الغربية وأسايدها التى يقدمها علماء المسلمين تبدو متأرجحة . فليس فيما عرضت ما يرجع عدى ايا من الرأى على الآخر .

حقيقى أن وحدة العقل الشرى يمكن أن تنتهى — عن طريق الصدفة البحتة — إلى تصورات فكرية واحدة ولذا فإن مجرد التشابه أو التماثل لا يعنى لزاما أن أحد الفكرين قد تأثر بالآخر ولكن هذا يجب ألا يمنعنا من أن نواجه الحقائق بموضوعية ولانتمنطق بمنطق النعامة .

وأول تلك الحقائق أن الفتح الإسلامى واجه المسلمين بمشكلات لم يكن لهم بها سابق عهد وكان لزاما عليهم أن يجدوا لها حكما . وأن المسلمين عاشوا فى

جزيرتهم حياة بسيطة ذات مشكلات محدودة ، أما ما اعترضهم من قضايا فكان يتصل بمحتزمات الحضارات الكبرى عندئذ — فارس وبيزنطة — فلم يكن بد إذاءها من أن يستهدوا — فيما يصلون إليه من حنول مستفاة من كتاب الله وسنة رسوله — ببعض المفاهيم التي اعتادت تلك المعصلات ودرت على اتخاذ أحكامها . وتعنى تلك الحقائق أن لقاء قد تم بين الفكر القانوني الإسلامي والفكر القانوني الروماني في بقاء كانت حاضرة من قبل حكم بيزنطة مثل سورية ومصر . وأن حكمة الله اقتضت أن تكون قضية الحكم الإسلامي — لقرن من الزمان بعد عهد الصحابة — في الشام حيث تفيض تراجيح السحت القانوني الروماني وتعص بمصنفات الفقه البيزنطي .

صحيح أن الامبراطور يوستينيانوس كان قد أغلق الكثير من مدارس الفقه الروماني قبل رهاء قرن من الفتح الإسلامي للشام ومصر ولكنه استغاص عن ذلك باصدار مجموعات قانونية . وبدهى أن تلك المنقشات إلى جانب مابقى من مدارس كانت له معقاته في مجال الدراسات القانونية .

وإذا كانت المدارس التي بقي لها فقيها قد نشأت بعيداً عن مراكز التأثير المكري البيزنطي فإن ارادة الله شاءت أن يندثر فقه مدرستين نشأتا في منطقة الفكر البيزنطي هما مدرسة الاوراعى في الشام والمليث في مصر . وإذا كان فقه هاتين المدرستين لم يبق لنا حتى الان فإنه لابد كان محل اطلاع فقهاء زمانهم . والدليل أننا عرفنا بعض فقه الأوراعى عن طريق الشافعى — وهو صاحب علم الأصول — في كتابه « الأم » وعن طريق أنى يوسف في كتابه « الرد على سير الاوراعى » . وإذا فليس منطقاً أن نقل دون نقاش أن علماء المسلمين جهلوا الفقه الروماني ولم يتصلوا بالفكر القانوني الروماني حتى من كان منهم بعيداً فكان ذلك الفكر عندهم ، لاسيما إذا وضعنا في اعتبارنا ما عرف عن علماء المسلمين في صدر الإسلام من نهم علمي وشغف بالمعرفة . وليس عيباً على الفقيه المسلم إن هو رأى في ذلك الفكر ما يمكن أن يقتبسه ان يفعل ذلك مادام أنه لا يعارض كتاب الله وسنة رسوله لاسيما في بدايات تلور الحركة الفقهية

وباكورة ظهور المدارس المذهبية . ولعمر الحق إن هذا الجهد في الاقتباس وتلك العبقرية في الاستيعاب ليست بالمركب الذلول أو المتكأ الهين . ثم إن الفقهاء المسلمين قد احرصوا مقرأوه واطلعوا عليه في صرورة حديدة مبتدعة في مسمى حاص هو « علم أصول الفقه » والحكمة ضالة المؤمن ينتد بها أنى وحدها ، وطلب العلم مقصود ولو كان في الصين ولا بد أن يكون لهذا الاتصال معقاته من أثر وتأثير .

وهنا تجوز الاشارة إلى أن الرومان حرروا على الاعتراف بالاجتهاد — وهو في مذهبي الدليل الاوحد على الاحكام — دليلا من أدلة الحقوق وظلوا على ذلك حقبة من الزمان في عهد الجمهورية فلما جاء عهد الامبراطورية وأخذ القياصرة يضيقون شيئا فشيئا من الاجتهاد إلى أن حصروه في انفسهم لم يبق منه — لاسيما منذ تقنين حوتسينيان — إلا ماكان من باب الشرح والحمل عليه على نحو ماجرت عليه الطريقة التقليدية في الغرب في القرن التاسع عشر (الدوايبى — المرجع السابق — ص ٣٥٣ — ٣٥٤) .

فإن صح ما أراد — وهو عندى صحيح — فإنى لا أرى فيه مايشين المكر الإسلامى أو يعيب فقهاء لان علماء المسلمين لم ينقلوا نقلا أعمى ولم ينقادوا انقيادا غير بصير بل صقلوا مااتصل بعلمهم وصهروه في بوتقة عبقرتهم وحرصوا به محدثا جديدا غير مسبوق . وقد ظهر استقلالهم الفكرى في ابتداء المصطلحات العربية الخالصة بعلم الاصول وعدم الحاجة للاشارة إلى المراجع اللاتينية ولو أن عرف ذلك الزمان لم يكن يعرف مانعرفه اليوم من اشارة إلى المراجع .

وكيف يعزف علماء المسلمين عن استخراج دراسة فقه له ماللفقه الرومانى من مكانة ويتقاعسون عن نبش فكر عرف بما عرف عنه من دراية فإن وجدوا فيه خيرا أخذوه وأن لمسوا فيه شرا لفظوه .

واغلب الظن عندى أن حرص من حرص من الكتاب المسلمين على قطع كل علاقة بين علم الأصول وبين الفقه الرومانى يعود إلى أنهم يفهمون

« الشريعة » و « الفقه » على « هما صنوان وعديلا . وقد قدست أن « الشريعة » هي أحكام الكتاب والسنة أما « الفقه » فهو فهم الفقهاء لما في الكتاب والسنة فالشريعة إلهية المصدر والفقه بشرى المنبع (راجع على سبيل النموذج لدراسة حرص على نفي أية صلة بين الفقهاء الإسلامى والرومان — محمد يوسف موسى ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، القاهرة ١٩٦١ ، ص ١١٣) . ولذا فإن اتسم بعض العذر لم يتزع تلك البرعة ولكن لا أقرو عليها لأن هذا الخلط قد اضفى على الفقه قدسية لدى البعض تكاد تقارب بينه وبين ما أنزله الله إلى حد أن البعض يعنى بعدم حوار أن يغير المراء مذهبه فإن كان حتميا لا يجوز له أن يصبح متافعا وهكذا وفرق بين شريعة الرحمن وفقه الإنسان ولذا فإنى لا أرى غضاضة فى أن تقع بين الحين والحين — فى دراسة علم الأصول — على بعض الأفكار التى لها فى الفقه الرومانى مقال أو جذور . ويكفى العلماء المسلمين فخرا ما لقيه علم الأصول على ايديه من تشذيب وتذيب . فقد جعلوا منه علما له قواعد وذلك فى ذاته انجاز كبير يعلق على صدرهم نوط الجدارة والتقدير .

الفقه الرومانى والفقه الإسلامى : (رأى الخاص) :

أغلب الظن عندى أن عثرة الكثرة من الفقهاء — مسلمين ومبشرقين — تعود إلى عدم تحرى الدقة فى معالجة الموضوع فهم يخلطون بين مفهومى « الشريعة » و « الفقه » ويستخدمون المصطلحين على أنهما صنوان والحق عندى أن لمصطلح الشريعة مدلول لا يختلف عن مدلول مصطلح « الفقه » ذلك أن الشريعة هى ما نزل به القرآن الكريم وحدثت به السنة النبوية الشريفة ، وأما الفقه فهو استنباط الأحكام من هذين المصدرين الأساسين . وإذا فالشريعة قانون الحى أما الفقه فأحكام الاجتهاد البشرى . وما كان لنا — وحاشا أن يكون — أن نضع الشريعة موضع الشك أو المقارنة . وإنما يدور البحث حول الفقه وضوابطه أى حول اجتهاد بشرى وضمانات تقويمه ، ومادام أننا فى مجال الجهد البشرى فلا غضاضة — من حيث المبدأ — فى أن يتبادل الفكر البشرى

التأثير ويتناقل التعبير . وتلك حقيقة لم تغفلها الشريعة العراء فالأقتناس الخير امر تحده مبادئ الإسلام .

ويبين ذلك الخلط واضحاً إذا نحن راجعنا مقالته المستشرق الذى بدأ الحملة المذعورة عن تأثير الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى — وهو الايطالى الفونسو باليو — الذى ألف كتاباً بعنوان Diritto Pubbico Privato Ottomano . طبع فى الاسكندرية سنة ١٨٥٦ . ذهب فيه إلى أن أحكام القانون الرومانى دخلت الشريعة الإسلامية عن طريق الاحاديث الموضوعية وقد تابعه فى هذا رأى كثيرون . ويكفى نقضاً لهذا رأى أن نعلم أن الأحاديث الشريعة التى تتضمن أحكاماً قانونية محدودة العدد فكيف يتسنى للموضوع من هذه الأحاديث — مع قلتها — أن يكون له تأثير على شريعة من الأمور لها مالم الشريعة الإسلامية من باع طويل ومدى حليل — وأن الكاتب لم يكلف نفسه مشقة البحث الجدى والتحرى الصادق فالتقى بالقول على عواشه فصادف هوى فى نفوس عليلة . وهناك من يقول إن دومينكو ساليشي Diminico Sallishi هو المسئول عن ابتداع تلك الخرافة .

ولعل اشهر من ترعم هذه الحركة الساذجة ثلاثة هم جولد تسهر وسواسى وآموس . ولكن الأول رجع عن قوله فى مؤلفاته المتأخرة . وأما الثانى فكان يسعى إلى الاقتناع بأد الشريعة لانفترق عن قوانين الغرب وقد تبدت سطحية الثالث فى خطأ أولى تردى فيه إذ رعم أن قرارات الخلفاء الراشدين هى المصدر الاساسى للقانون الإسلامى (راجع كتاب « الدين المزعوم للقانون الرومانى على القانون الإسلامى » ترجمة الدكتور محمد سليم العوا » ص ١١٥ — ١١٦) . فلا غرابة إذن أن يسمى الرومان قانونهم Jus أى الحق وأن يسمى المسلمون قانونهم « الشريعة » وهى تقابل المصطلح اللاتينى Fas وينم عن السمة الدينية المصطلح .

فلا عجب أن نجد حركة مضادة للحركة السالفة تقف على طرف النقيض منها وتنادى بأن القانون الرومانى هو الذى أخذ عن الشريعة الإسلامية .

ويعرّف هذا الاتحاد الفقيه الإيراني المهاتمي أبو المصل الجرفقداسي فقد أصدر كتاباً سنة ١٩١١ يؤكد فيه أن القانون الروماني نقل عن الشريعة الإسلامية .
والسبب العرفي لهذا الكتاب موحود في مقدمة القوانين لعبد الحابل سعد

ولكن هذا الرأي لا يعد في نظري تزكية للشريعة الإسلامية لأن الشكليات التي اتسم بها القانون الروماني ليست مما تقبله أو تأخذ به النظرية الإسلامية فضلاً على أن مبادئ التبريكتين من خلاف حدرى في كثير من المفاهيم — كظام الرق مثلاً — يدفع كل منصف للشريعة الإسلامية إلى التوصل من الرعم بأنها هي الأصل التاريخي للقانون الروماني ثم أى قانون روماني يقصد وقد نزلت الشريعة في تاريخ لاحق لتطور القانون الروماني .

والحق أن الاتجاهين يقتصران إلى الموضوعية فيما يزعمان فضلاً على أن داتية الشريعة الإسلامية وطابعها الديني الخاص ليس محل جدل ولا أرى مجالاً وفي المكتبة العلمية دراسات جادة بلغات مختلفة في هذه القضية تغنى عن الخوض فيها ولذا فإنني أجتزئ بالكلام عن علاقة الفكر الروماني بالفكر الإسلامي وهل كان للأول تأثير على الثاني فيما اعتمده من ضوابط لاستنباط الأحكام .

إن تناقل الأفكار بين الأمم وتوارثها عبر الأجيال ظاهرة لأمراء فيها ولا جدال وهي عامل من عوامل تقدم الحضارات وتطور المدييات ولذا حبذ الإسلام الاقتباس الحير وحث على التقليد الكيس ويقول عز من قائل « أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده » (٩٠/٦) ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً (٤/٦٠) . وكان الرسول يحب موافقة أهل الكتاب فيما لم يؤمر به . وقد روى عن ابن حبل أن الرسول ﷺ قال يعمل في الإسلام بفضايا أهل الجاهلية ومن ثم فلا غضاضة البتة في أن يستحسن الفقهاء المسلمون بعض الضوابط الذهنية التي اتدعها الرومان وأن يجودها مناسبة للطريق التي يسلكونها في استنباط أحكام القرآن والحديث ، وتبعاً فليس مما يعيب فقهاء المسلمين أن يقتبسوا بعض المفاهيم الذهنية عن الرومان أو يستعبروا منهم قدراً من ضوابط تفسير الأحكام بل إنني اعتقد أن تفاعلاً قد جرى بين الفكر

الإسلامى الشاب المدقق وبين الاتجاهات الفكرية التى عاصرها فى مختلف البقاع التى أفاها الله بها على المسلمين فتأثرت نظراته الفقهية ببعض ما علمه من أهلها أو قرأه لعلماؤها لاسيما فى فارس (حيث القوانين الساسانية) ويزنقة (حيث القوانين الرومانية) . والذى يحدد للمسلمين ويذكرهم بالفضل أنهم لم يكتفوا بقلدين بلا تصرف ولا تابعين دون شخصية بل أن كل ما وصل إلى علمهم من معرفة انسانية صهر فى بوتقة العقيدة الإسلامية وخرج سلافا مزاجه من تسنيم ، وتصورا عقريا ليس له قرين ، ذلك أن فقهاء المسلمين — بما حباهم الله به من أرنية وما اقتبسوه من أفكار ساسانية ورومانية — ابتدعوا علما يعنى بضوابط الاحتياط ويصف قواعد الاستنباط هو علم أصول الفقه .

واستطيع أن اضرب تمذرك « الإجماع » مثلا لها للاقتباس الذى تلقفه الفقه الإسلامى عن الفقه الرومانى ثم صورده فى صورة قضائية لها داتيتها الادعائية . واعلم أن الفقهاء المسلمين تأثروا فى شأنه بما رتبته النظام الرومانى فى هذا الخصوص ، ذلك أن مؤلفات بعض المفسرين فى مجلس المستشارين أصبحت — بعد الامبراطور الرومانى درايان — لها قوة القانون إذا أجمعت على رأى . وهكذا ظهرت فكرة الإجماع — لأول مرة — فى مجال الاحكام القانونية . وكان الغرض منها وضع حد لتصارب الآراء ووفقة المقتنين التى تمتع آراؤها — عند الإجماع — بحجية كاملة أمام القضاء تتألف من خمسة هم جايوس وبابافياك وبول البيان ومودستين . وكان مالك أول فقيه مسلم يتكلم عن الإجماع وكان مفهومه قريبا جدا من هذا المفهوم إذا اعتبر أن إجماع فقهاء المدينة كاف لارساء قاعدة قانونية ملزمة . ثم تطورت بعد ذلك فكرة الإجماع ، فى دراسات الفقهاء المسلمين ، على النحو الذى يتضح فى موقعه من هذا السفر ولكنها لم تغل من البصمات الرومانية فى تشكيلها .

رب قائل يقول إن المثل الذى سقته وليد الصدفة إذ ليس من دليل قاطع على أن فقهاء المسلمين درسوا فكرة الإجماع فى المفهوم الرومانى ثم نقلوا عنها — بتصريف — فكرة الإجماع فى النظرية الإسلامية . وذلك اعتراض لا يخلو من

وحاجة ولكن التقارب الشديد بين مدركي الاجماع - الرومانى والإسلامى - وعراية مدرك الاجماع - فيما ارى - على - المنطق القادى الإسلامى . من حيث أنه يرتفع بالاجماع - على فرض توامره - إلى مستوى المصادر فيجعل له قرة الالزام التى لا يتمتع بها سوى القرآن واخذيث بل ويحرم على الاجبال اللاحقة - ضد بعض الفقهاء - معارضته باحتهاد تال يشعان الباحث بأن هذا الانحراف الفكرى طارئ على اصول التنظيم الإسلامى التقليدى الذى عرف رضى الرسول وخلفائه الراشدين .

ثم ماذا ؟

يبد أن ذلك الوليد الجميل ترك على حاله فلم يتعهدد أوصياؤه بالرعاية الواجبة ولم يلق إليه أولياؤه من الاهتمام المتواصل ماهو جدير به .

ويحضرنى - وأنا بصدد استشراف علم الأصول - على سبيل المثال مذهب علمائه فى أن بعض الأحكام الشرعية لا يجوز أن تكون محلا للاحتهاد . وهم يجمعون الأحكام التى تخرج عن نطاق الاجتهاد فى فئتين رئيسيتين هما :

- ١ - الامور المعلومة من الدين بالضرورة مثل وجوب الزكاة والصوم .
- ٢ - الأحكام التى ورد فيها نص قطعى الثبوت والدلالة كوجوب قطع يد السارق .

والقول عندى أن هذا المذهب تعلق به شوائب هو فى حاجة إلى أن ينقى منها . وأول ماألاحظه غسوس الفرق بين الفئتين السالفتين لأن الحكم الذى ورد فيه نص قطعى الثبوت والدلالة لا بد أن يكون تبعا من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة ، كما أن الأمور لا تكون معلومة من الدين بالضرورة إلا إذا كانت قطعية الثبوت والدلالة . ولعل هذه التفرقة انبعثت عن مفهوم لم يتضح فى قواعد علم أصول الفقه وهو وجوب التفرقة فى قوانين ضبط الأصول بين الأحكام الخاصة بالعبادات والأحكام الخاصة بالمعاملات إذ نلاحظ أن الأمثلة التى تمثل بها العلماء لما أسموه الأمور المعلومة من الدين بالضرورة أمثلة تدخل

كلها في أحكام العبادات أما الأمثلة التي ضربت لما هو قطعى الثبوت والدلالة فتعود إلى أحكام المعاملات .

إن هذه التفرقة هي مفتاحي في تعلقي على مذهب علماء الأصول فيما يعتبرونه من الأحكام التي لا يجوز أن تكون محلا للاجتهاد .

إن الباحث في علم الأصول لابد أن يلحظ أن قواعد وقوانين ذلك العلم لا تفرق فيما تصعه من صواب بين معايير وموارين الاجتهاد في أحكام العبادات ومعايير وموارين الاجتهاد في أحكام المعاملات . فالضوابط واحدة بالنسبة لأحكام الشريعة — ماتعلق منها بالعبادات وماتعلق بالمعاملات — مع أن لأحكام العبادات فلسفة تختلف عن فلسفة أحكام المعاملات .

لقد حددت أنواع العبادات في الشريعة على سبيل الحصر فلا زيادة فيها ولا نقصان ، وهي الزكاة والصوم وحج البيت الحرام وكلها تنفيا أن يؤدي العبد واجب العبادة حيال خالقه ومن ثم فإن طاعتها واجبة سواء عرفنا حكمها أو تبينا علتها أم لم نعرف ذلك لأن طاعتها اساسا شاهد على ايمان العبد بربه واقاراره بعبوديته المطلقة وتحقيق الغاية الكبرى من خلق الجن والانس . « وماخلقت الجن والانس إلا ليعبدون » (الذاريات / ٥٦) . ولذا فإن مايقوله بعض علماء المسلمين عما يناله المسلم في دنياه من منافع زمنية بسبب أدائه للعبادات هو في الأغلب الأعم اجتهاد يعتمد على ذوق العالم ومنطقه الخاص وليس اجتهادا يستند إلى نص في القرآن أو السنة . فالقول مثلا بأن حكمة الصيام هي دفع الغنى لان يحس باحساس الفقير أو تحقيق منفعة صحية للصائم أو ما إلى ذلك من المبررات كلها محاولات لتقريب العبادة إلى بعض البسطاء والصحيح أن الصوم عبادة يجب على المسلم أن يؤديها لأن لله أمر بها وألا يعلق ذلك على فهم حكمة عقلية أو تبين علة زمنية ولذا يقول الحديث الشريف « كما عمل ابن آدم له إلا الصوم فهو لي وأنا أجزي به » . وكذا نجد مثلا أن بعض الثقهاء يربط بين جواز افطار الصائم

المسافر وبين ما يلقد المسافر من مشقة في السفر. وينتهي من ذلك، إل أن اجتازة
الافطار للسفر لا تكون إلا إذا لقي المسافر مشقة في سفره في حين أن الجسم
يُجيز للمسافر مطلقاً أن يفطر لأن السفر اعتبر — لحكمة يعلمها الله — مشقة
في ذاته سواء أكان فيه إرهاق أم كان ميسراً. فلا عجب إذن أن يخصص علماً
الأصول اسباب المشقة في سبعة هي السفر والمرض والاكراه والنسيان والجهل
وعوم البلوى والنقص في الاهلية. وهكذا ساووا في الحقيقة بين المشقة
والحرج على الرغم من أن المعنى اللغوي للفظين ليس واحداً.

أما المعاملات فأمرها مختلف ذلك أن الشريعة لم تعدد أنواعها على سبيل
الخصر بل فتحت بابها على مصراعيه فالمسلمون أحرار في أن يقيموا بينهم من
المعاملات ما يشاءون مادام أنهم لا يخلون حراماً ولا يجرمون حلالاً. ثم إن
الحكمة من وراء أحكام المعاملات والعلّة التي تدور معها هذه الأحكام هي في
الأعم الأغلب معلومة للمجتهدين.

إن هذه الفوارق الجوهرية بين أحكام العبادات — وهي كتاب بين العبد
وربه — وبين أحكام المعاملات وهي كتاب تغلب فيه مصلحة العباد كان
يتوقع معها — في مذهبي — أن يحرص فقهاء علم الأصول على أن تنعكس آثاره
فيما يقدمون لنا من ضوابط وموازين، فالقاعدة مثلاً التي تنبئ بأن تتغير
الأحكام بتغير الزمان والمكان تصلح لأن تطبق على أحكام المعاملات، لكن
هل يمكن أن نقول إن أحكام العبادات يمكن أن تتغير بتغير الزمان والمكان؟ إن
القاعدة التعبدية تأييدية ولا يتحرر المسلم منها إلا في حالة الضرورة القصوى
فحسب « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » (البقرة / ١٧٣)،
كذلك المبدأ العام الذي يقنع به الأصوليون وهو عدم جواز الاجتهاد أمام
النص، أن هذا المبدأ يجوز — على وجه عام — أن يطبق على أحكام
العبادات، لكن هل يجوز أن يطبق على أحكام المعاملات؟ يجب علماء
الأصول على هذا التساؤل بقولهم أنه لا اجتهاد أمام النص إذا كان قطعي
الثبوت وقطعي الدلالة. والسؤال هو: أي النصوص قطعي الدلالة؟ وفي قول

آخر هل اجمع الفقهاء على أن هناك في أحكام المعاملات ... وأكرر مرة أخرى أننى ابحث السؤال في نطاق أحكام المعاملات ... نصا هو قطعى الدلالة ؟ أم أن توقع النص قطعى الدلالة هو توقع نظرى ببحث لاواقع له . يختار جمهور علماء الأصول النص الخاص بقطع يد السارق مثلا على النص قطعى الدلالة وينسون أن عمر بن الخطاب لم ير في النص مارأوه هم فقد أوقف العمل به في عام المجاعة بمقولة إن السارق لعله سرق للحاجة وليس للجرم وإذن فهناك شبهة تحوم حول الجرم والحدود تدرأ بالشبهات . إننى لأريد أن أناقش منطق عمر أو أن أجادل فيه فالذى يهمنى هنا هو أن قول علماء الأصول كان يمنع على عمر أن يجتهد أمام نص قطع يد السارق لأنه قطعى الدلالة ولكن عمر اجتهد وماكان عمر ليجتهد في نص يراه قطعى الدلالة لأن الاجتهاد في هذا الفرض يكون . تعديل للنص وهذا مالا يملكه مسلم أيا كانت مكانته في الإسلام . كذلك فعل عمر بالنسبة لسهم المؤلفة قلوبهم فحكمه في القرآن نص — على قول علماء الأصول — قطعى الدلالة ولكن عمر اجتهد فيه ورأى أن انتشار الإسلام واشتداد ساعده يسقط الحكمة من وراء الابقاء على ذلك السهم .

لقد سبق اجتهاد عمر قيام علم الأصول ولذا فإنى أناقش فكرة النص قطعى الدلالة على هدى مما يقول به علماء الأصول من أفكار حيال دلالة النص ثبوتا لما أقول لأن القول بغير ما أقول وتأکید أن الاجتهاد ممنوع بداءة إذا وجد النص قول يتفق مع الظاهرية الذين يتبعون ظاهر النص دون بحث أو تحر .

. يقول علماء الأصول إن النص قد يكون عاما وقد يكون خاصا .

والنص العام قد يكون عاما بصيغته ومعناه فكلمة الرجال عامة في صيغتها وعامة في معناها وقد يكون عاما بمعناه دون صيغته مثل لفظة فرد فهي عامة في معناها لانها وضعت للجميع وليست عامة في صيغتها .

ويقسم الغزالي مدارس الأصول — في دلالة النص العام — إلى ثلاثة مذاهب :

- ١ — مذهب أرباب الخصوص ، ويرى أصحابه — وسنهم الخفية — أن يؤخذ في العاط العموم بأقل ماتدل عليه لأنها موضوعة لأقل الجمع ، إلا إذا قام دليل على العموم فلمظة «الفقهاء» مثلا تدل على أقل الجمع وهم ثلاثة — لأن هذا هو القدر المتيقن .
- ٢ — مذهب الواقعية ، ويذهب فقهاؤه إلى أن لفظ العموم لم يوضع للعموم ولا لخصوص ولذا فإن استغراق اللفظ لجميع مايمكن أن يتناوله أو اقتصراره على بعض مايتناوله لا يتحدد إلا بما يرجحه من قرائن ولذلك يكتبون بدلالة الضرورة ويتوقفون عندها إلى أن تتوفر دلالة القرينة .
- ٣ — مذهب أرباب العموم ، ويقول علماؤه إن العام يحمل على مقتضى العموم والاستغراق حتى يقوم الدليل على غير ذلك فلو قال رجل لآخر احضر كتيب فإن اللفظ يعنى كل مالطالب من كتب ولا يقال إنه بأقل الجمع — أي ثلاثة كتب .

ويتتقد البعض ومن بينهم الغزالي المذهبين الأول والثاني على اساس أن العام — في اية لغة — يدل على الاستغراق وتبعاً فإن المذهب الأكثر قبولاً عندهم هو المذهب الثالث : مذهب أرباب العموم ولكن انصار المذهب الثالث انقسموا على انفسهم فيما يتعلق بقوة دلالة العام فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن العام ظني الدلالة أى لا يوجب الحكم قطعياً ، ويذهب الأحناف وحجتهم في ذلك أن دلالة العام من قبيل دلالة الظاهر الذى لا ينفى الاحتمال — وذهب بعض الشافعية مثل الشاطبى — إلى أن العام قطعى الدلالة . ومنطق رأيهم أن اللفظ إذا وضع لمعنى كان ذلك المعنى عند اطلاقه واجبا أى لازماً معنى العموم . أما الاحتمال فارادة تتعلق بنية المتكلم وحده فهى غيب والغيب لا اعتبار له .

إن الخلاف السابق حول دلالة العموم له معقبات خطيرة في تفسير أحكام المعاملات والمثل يبين مأقول . جاء في الحديث للشرىف أن ماسقته السماء فيه العشر . وجاء في حديث آخر أنه ليس فيما دون خمسة أوسق (والوسق كمية

معينة من وزن أو كيل) . وتاريخ الحديثين غير محدود ولا يعرف أيهما سبق الآخر فإذا سألنا رأى القائلين بأن العام ظنى الدلالة طبقنا الحديث الثانى لانه خاص ولا نعمل بالحديث الأول أما إذا قلنا إن العام قطعى الدلالة طبقنا الحديثين وكاد الحديث الثانى مخصصا للحديث الأول .

أما إذا كان النص خاصا فإنه يمكن أن ينصرف إلى أى من معانيه حقيقة وعينا إذا تعين فى ذلك المعنى فإذا بقى على اجمالها لا يعمل به . ولكنهم اختلفوا فى كيفية تعيين معناه وانقسموا فى ذلك إلى مذهبين :

١ — مذهب الواقعية ، ويرى اصحابه أن الخاص قد وضع لمعان مختلفة فان كان أمرا فهو قد يعنى الوجوب أو الندب أو الاباحة وإن كان نهيا فهو يحتمل التحريم والكراهية فهو إذن مجمل والمجمل يتوقف العمل به حتى يقوم عليه دليل .

٢ — مذهب أرباب الخصوص ، يذهبون إلى ما يذهب به الواقعية ولكنهم يضيّقون المعيار الذى يتعين به معنى الخاص حقيقة وفى ذلك تتعدد اراؤهم فبعضهم يرى أن الامر الخاص حقيقة فى الاباحة وأخرون يرون أنه حقيقة فى الندب وفريق ثالث يقول انه حقيقة فى الوجوب ، أما النهى الخاص فالبعض من أرباب الخصوص يرون أنه حقيقة فى التحريم يميز فيما سواه .

والجمهور على أن مدلول الأمر هو الوجوب ومدلول النهى هو التحريم ، ليس منطقاً أن يجد الباحث نفسه وازاء هذا التعدد فى الآراء فى متاهة وأن يتساءل متى يمكن للمجتهد — عن اطمئنان — ان يعتبر ان النص قطعى الدلالة وبعبارة أخرى ماهو المعيار السليم الذى يمكن أن نستهديه لوصف النص بانه قطعى الدلالة ؟ جلى مما سلف أن علماء الأصول يختلفون اختلافا بينا فى الاجابة على هذا السؤال وأنهم لم يتفقوا على معيار بذاته ليكون ضابطا للمجتهد فى فهمه للنص . إن قطعية الدلالة صفة من صفات الفقه ولذا فإن تقريرها اما أن يستند إلى مذهب من المذاهب — أى إلى مدرسة من مدارس الاجتهاد —

وهنا يمكن أن يعارض المذهب بمذهب آخر ، وأما أن يتحرر المجتهد من آراء المدارس وعندئذ يمارس هو اجتهاده الخاص . وهكذا فإن القول عندى انه مامن نص فى المعاملات إلا ويخضع لاجتهاد المجتهد وأن هذا الاجتهاد لابد منه بداءة لتقرير ما إذا كان النص قطعى الدلالة ، فلا اجتهاد أمام حكمه أم انه ليس بقطعى الدلالة وعندئذ يعمل على تحديد دلالاته . وفى قول آخر لابد من الاجتهاد أولا لوقف الاجتهاد آخرا . ومن ثم فان القاعدة « لاجتهاد مع النص » تحتاج فى باب المعاملات إلى اعادة نظر لتحديد المقصود منها .

فلا غرو اذن أن قلت إن بقاء علم أصول الفقه — منذ مولده — على حاله ودون مراجعة وتطوير أمر يدعو إلى التعليق الناقد، ولعل الله يقيض له من بين علمائه من يشعر عن ساعد الجد عساه يهيئه لمواكبة الافكار المعاصرة على نحو ما فإن فى ذلك خيرا كثيرا لأن ماخلفه لنا السابقون فيه تراث مجيد وجهد حميد .

قد يقال إن القاعدة التى تمنع الاجتهاد امام النص قاعدة يقصد بها ترتيب الأدلة فبى تعطى العلوية للنص قطعى الدلالة على الاجتهاد وهذا قول اتفق معه فى جانب واخالفه فى جانب . فإنى اتفق معه فى أن العلوية للنص قطعى الدلالة إذ لا جدل فى انه ليس للمجتهد أن يغير من حكم قطعى الدلالة ولكنى أخالفه فى انه مامن نص يمكن بداءة ذى بدء ودون إعمال فكر أن يعتبر قطعى الدلالة لأن وصف النص بأنه قطعى الدلالة لا يستند إلى نص فى القرآن أو الحديث يضىفى القطعية على النص وإنما يستند إلى مدى فهم المجتهد للنص ، وقد يرى البعض أن نصا ما قطعى الدلالة ويراه البعض الآخر غير ذلك .

ولعل القائلين بأنه لا اجتهاد مع النص قد قصدوا أن الحكم لا يعتبر نصا إلا إذا ثبت أنه قطعى الدلالة ، فإن صح ذلك فإن القاعدة تفقد معناها ويذهب مدلولها لأن اباحة الاجتهاد أمام نص قطعى الدلالة يعنى منح سلطة التفسير التشريعى للمجتهد وهذا ما ترفضه النظرية الإسلامية جملة وتفصيلا حيث أن مصادر الشريعة الإسلامية تحدت بوفاة الرسول ﷺ .

ومن ثم فإن القاعدة الأصولية التي تقضى بأنه لا اجتهاد مع النص تعنى في الحقيقة انه لا اجتهاد مع النص إذا ثبت — عن طريق الاجتهاد الأول — انه نص قطعى الدلالة . وكما قدمت فإن المجال الحقيقي لتطبيق هذه القاعدة هي النصوص في العبادات أما النصوص في المعاملات فإنى — فيما قرأت — لم أتبين من بينها نصا يعتبر قطعى الدلالة . وتلك مرونة شاءت حكمة العلي القدير أن توفرها في أحكام المعاملات حتى تتحقق رحمة المولى برفع الحرج عن عباده وعدم اغلاق الباب دون تطوير الأحكام بما يجارى حاجات الناس وضرورات العباد على مدى العصور والأيام .

المبحث الثالث

فى

طرائق الاستنباط (التفسير)

تمهيد :

يطيب لى بادىء ذى بدء أن أنه هنا إلى أننى أعالج هذا الفصل على نحو قد يتعارض مع الطريقة التقليدية لعلماء الأصول واستخدم بعض المصطلحات فى مفهوم قد يخالف ماسار عليه الجمهور. ولى عذرى فى ذلك فقد أسلفت أن النظرة المعاصرة تتطلب إعادة النظر فيما قال به الأوائل لتهيئة الدراسة لما تقتضيه المسائل .

يعالج علماء الأصول الدراسة التى أقدمها فى هذا الفصل تحت عنوان « مصادر الفقه العقلية » وهم يقصدون الحدود التى رسمها علم الأصول والقواعد التى وضعها كى يتحرك فى إطارها العقل وهو يستنبط الأحكام من مصادرها الأصلية وتتغيا هذه الحدود والقواعد عقل المجتهدين عن أن يزيغ معه الفكر أو ينحرف به الذهن فيتكسب سبل العدالة أو يستسيغ الظلم أو يستقل بالتشريع .

إن هذا المعنى وذلك المقصد لا يخرج فى تقديرى عن أن يكون وضعاً لطرائق التفسير التى تضبط اجتهاد المجتهد وهو يستنبط الحكم الشرعى من مصدره القرآن والسنة ومن ثم فهى ليست مصادر للحكم ولا هى دليل عليه لأن المصدر هو القرآن والسنة والدليل هو الاجتهاد أما هذه الأصول والقواعد فهى الضمان لكى لا يشط المجتهد فى فهمه ولا يحيد المستنبط عن طريقه ولذا عزفت عن المسمى الجارى لدى علماء الأصول .

ويبدو أن من علماء الأصول من يفرق بين الاجتهاد والاستنباط ويعتبر أن الاستنباط هو التعرف على الحكم إذا لم تثبت هذه العلة بالنقض أو بالاجماع .
والحق أن التعرف على العلة هي مهمة القياس والقياس في تقدير ضابط من ضوابط الاستنباط وليس هو كل الاستنباط فقد قدمت أن القرآن الكريم استخدم لفظة الاستنباط في معنى « الاجتهاد » (لعلمه الذين يستنبطونه منهم) (النساء/ ٨٣) وأوضح عند الكلام على القياس طرائق البحث عن العلة .

وقد اخترت من طرائق الاستنباط أو ضوابط التفسير أكثرها تداولاً بين الفقهاء ، وأعرض لها بإيجاز شديد من خلال المنظور الذي أطل منه هنا على تلك القواعد والضوابط تاركاً التفصيل لكتب علم الأصول لأنني وعدت أولاً أسير على النمط الشائع وهو أن تغلب دراسة فقه الأصول على معالجة ما يجب أن نتغياها للمشكلة من حلول . والطرائق التي أعالجها هنا هي : القياس والاستحسان والمصالح المرسلة (الاستصلاح) والذرائع والاستصحاب .

الفرع الأول

فى القياس

تعريف وتحديد :

اختلف الأصوليون فى تعريف القياس عبارة وإن تقاربوا معنى . وقد عرفه البعض بأنه « تسوية واقعة لم يدل على حكمها نص بواقعة يدل على حكمها نص فى الحكم الذى دل عليه النص لتساوى الواقعتين فى علته » (عبد الوهاب خلاف — مصادر التشريع الإسلامى — المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٥٢) . وأوضح آخرون فقالوا إنه « عبارة عن الحاق واقعة لم ينص على حكمها بواقعة نص على حكمها الكتاب أو السنة (أو الاجماع) لاشتراكها فى علة الحكم » (نظام الدين عبد الحميد — مفهوم الفقه الإسلامى — مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٤ ص ١٧١) . ونظرة الفقه التقليدى إلى القياس هو أنه مصدر من مصادر الفقه الإسلامى وتأتى رتبته بعد رتبة الاجماع ، وهو وجه من أوجه الاجتهاد بالرأى الذى هو عبارة عن بذل المجتهد جهده بغية الوقوف على حكم مسألة شرعية ليس فيها نص فى ضوء القواعد الأصولية التى سنّها الشارع لاستنباط الأحكام إذ الاجتهاد بالرأى يشمل القياس وغير القياس من المصادر الفعلية وإن كان فى فترة من الفترات يستعمل بمعنى القياس فقط .

والمقصود بالرأى هنا هو الرأى الصادر عن التفكير المبنى على قواعد الشريعة الهادف إلى الوصول إلى وجه الصواب فى مسألة لا حكم فيها للشريعة ، لا الرأى الباطل المبنى على الهزل أو المخالف للدليل من الأدلة الشرعية . وأما ما جرى على لسان قسم من الصحابة والفقهاء من ذم للرأى فهو ما كان من النمط الثانى لا الذى هو من النمط الأول الذى عبر عنه ابن القيم بأنه ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه

الامارات (نظام الدين عبد الحميد — المرجع السابق ٤ ص ١٧٢ —
١٧٣) وهذا التصور للقياس هو — كما أوضحت آنفاً — إرهاب للأفكار
وتعمية لما بين المفاهيم المختلفة من فوارق ولذا فإن أسوقه مكتفياً في نقده
بتناقض بعضه مع البعض الآخر ، فضلاً على أنه يرتفع بالاجماع إلى مستوى
المصدر الأصلي وهذا مايجب صوقي في نقضه .

ويقوم القياس على أركان أربعة هي :

١ — الأصل ، وهو المقيس عليه ويشترط في المقيس عليه أن يكون ثابتاً
بالكتاب أو الحديث لأنهما هما المصدران الشرعيان فلا يكون الحكم
شرعياً إلا اذا قيس على نص في أيهما من حيث أن القياس يتم على الأصل
لا على الفرع .

وأن تكون له علة يدركها العقل فالعقل مثلاً لا يدرك الحكمة في بعض
العبادات ولذا نهي لا تصلح أن تكون مقيساً عليه .
وأن يكون مختصاً بالأصل فقط وألا تكون علة قاصرة عليه دون غيره من
الأحكام . واختلف الفقهاء حول طبيعة الحكم المقيس عليه فاشترط
البعض أن يكون الحكم متفقاً عليه وأجاز البعض القياس على حكم
مختلف عليه .

٢ — الفرع ، وهو المقيس الذي يحمل على المقيس عليه لخلوه عن الحكم
ويشترط فيه أن يكون مساوياً للأصل في علة الحكم ذاتها أو جنسها —
وأن يكون حكماً من حكم يدل عليه نص وأن يتأخر تشريع حكمه
عن حكم الأصل فلا يترتب على القياس تقدم الفرع على أصله .

٣ — أن تكون له علة متعددة غير قاصرة عليه وحده . وأهم شروط العلة :
(أ) أن تكون وصفاً ظاهراً يمكن التعرف على وجوده في المقيس
والمقاس عليه .

(ب) منضبطة لا تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال .

(ج) متعددة تتحقق في الفرع كما تتحقق في الأصل .

(د) لم بلغ الشارع اعتبارها

(هـ) مناسبة لنهرع الحكم اى أن يكون ربط الحكم بذلك الوصف جالبا لمنفعة .

مسالك العلة :

يستدل المجتهد على علة الحكم عن طريق أحد المسالك الآتية :

(أ) النص ، ودلالة النص قد تكون صريحة وقد تكون على وجه يحتمل التعليل احتمالا راجحا . ويختلف الفقهاء حول مفهوم إشارة النص فالبعض يعتبره دلالة مستقلة عن النص والبعض يجعله مسلکا مستقلا عن مسالك العلة وفريق ثالث يجعله ضمن دلالة النص ويعتبره فرعاً من فروعه . وأيا كان الخلاف فإن جوهر القضية هي دلالة النص على العلة . ويلحق الفقهاء — وأنا أرفض هذا اللاحق — يلحقون الاجتماع بالنص في التعرف على العلة .

(ب) السبر والتقسيم ، والسبر هو اختيار المجتهد للصفات ليختار ما يصلح منها علة للحكم أما التقسيم فهو استعراض الأوصاف التي يرى المجتهد أنها تصلح ابتداء علة للحكم بقصد استبعاد ما لا يصلح للعلة واستبقاء الوصف الذى تتوفر فيه كافة شروط العلية . وبدى أن الفقهاء قد تختلف انظارهم عند السبر والتقسيم في علة حكم من الأحكام .

(ج) المناسبة وهي عبارة عن وصف ظاهر منضبط يلزم من ترتيب الحكم عليه حصول ما يصلح أن يكون مقصودا من شرع ذلك الحكم سواء أكان الحكم نفيا أم ثابتا وسواء أكان ذلك المقصود جلب مصلحة أم دفع مفسدة وهي تدعى بالمصلحة والاستقلال ورعاية المقاصد كما تدعى بالاحالة بمعنى الظن لأن المجتهد ظن بعد التدبر أن وضعاً من الأوصاف هو علة الحكم التي يبحث عنها .

ويلحق البعض المناسبة ضمن إطار السبر والتقسيم ويجعلها البعض مسلکا مستقلا واعتد به سواء اعتبرها الشارع بنص أن لم يعتبرها واشترط البعض لاعتبارها سلکا أن يعتبرها الشارع بنص .

ويقسم بعض الأصوليين الأوصاف المناسبة من حيث اعتداد الشارع بها أو عدم اعتداده إلى ثلاثة أقسام :

(١) المناسب المؤثر ، وهو أعلى أنواع المناسب لأنه هو الوصف الذي اعتبره الشارع بعينه علة لعين الحكم الذي شرعه سواء ورد اعتبار علة صراحة أم إشارة .

(٢) المناسب الملائم وهو الوصف الذي لم يقم دليل من النص على اعتباره علة لعين الحكم ، وإنما قام الدليل على اعتبار عينه علة لجنس الحكم أو اعتبار جنسه لعين الحكم أو اعتبار جنسه علة لجنس الحكم .

(٣) المناسب الملغى ، وهو الوصف الذي يبدو لأول وهلة أنه صالح لبناء الحكم عليه ولكن يتضح بعد التدقيق أن الشارع ألغى الاعتداد ولا يبنى حكم عليه .

(٤) المناسب المرسل ، وهو الوصف الذي يتضح للمجتهد أن بناء الحكم عليه يحقق المصلحة دون أن يجد من الشارع ما يدل على الغائه إياه أو الاعتبار به فهو مناسب لأن بناء الحكم عليه يحقق مصلحة وهو مرسل لخلوه من دليل شرعى يؤيده أو ينفيه ، ولذا يسميه المتكلمون المرسل الملائم ويسميه المالكية المصالح المرسله ويطلق عليه الغزالي الاستصلاح . وهذا ما أزيد به وضوحاً بعد قليل .

مناط العلة :

يستعمل علماء الأصول في مناط العلة عدة مصطلحات أوجز معناها فيما يلي :

١ - تنقيح المناط ، وهو الاجتهاد لتعيين العلة في النص ، وتحديدتها من بين أوصاف عدة لا يصلح منها سوى وصف واحد علة للحكم . ويختلف تنقيح المناط عن السير والتقسيم في أن السير والتقسيم يجريان في نص غير مشتمل على العلة ويراد بهما الوصول إلى العلة لا إلى تخليصها وتهذيبها من غيرها شأن الحال في تنقيح المناط .

٢ — تحقيق المناط وهو الاجتهاد لاستنباط علة حكم جاء به نص عن طريق السبر والتفسيـم .

٣ — تحقيق المناط ، وهو الاجتهاد لتحقيق علة الحكم الثابتة بالنص أو بأى مسلك آخر فى واقعة وسحبها إلى واقعة اخرى واعطائها الحكم ذاتها للعلـة ذاتها .

أنواع القياس :

- أ — من جهة الحكم : ينقسم إلى ثلاثة أقسام :
- (١) القياس الأولى ، وهو ما كانت علة الفرع فيه أقوى من علة الأصل لذا يثبت حكم الفرع من باب أولى .
 - (٢) القياس المساوى ، وهو ما استوت فيه علة الحكم فى كل من الأصل والفرع دون أن يرجح أحدهما على الآخر .
 - (٣) القياس الأدنى ، وهو ما يكون تحقيق العلة فى الفرع ادنى من تحققه فى الأصل .

- ب — بحسب الدرجة والقوة : ينقسم قسمين :
- (١) القياس الجلى ، وهو ما قطع فيه بانعدام الفارق بين الأصل والفرع وهذا يشمل القياس الأولى والقياس المساوى .
 - (٢) القياس الخفى ، وهو ما لم يقطع فيه بنص يبقى تأثير الفارق بين الأصل والفرع ، وهذا يشمل القياس الأدنى ويعتبره الحنفية لونا من ألوان الاستحسان .

حجية القياس :

لم يتفق علماء الأصول على حجية القياس فالبعض يثبت حجية والبعض ينفى عنه تلك الحجية .

أ - أدلة مثبتى القياس :

- (١) آيات القرآن الكريم التى قاس فيها المولى حالا على حال كقياس من لا ينتفع بما حمل من علم على حال حمار يحمل اسفارا .
- (٢) قياس الرسول ﷺ وضعاً على وضع آخر لاثبات حكم ما كقياس اتيان الزوجة فى حلال على ما يترتب على وضع الشهوة فى الحرام من وزر .
- (٣) ماصدر عن الصحابة من قياس فى بعض الأحكام كقياس على بن أبى طالب الاجتماع على القتل على الاجتماع على السرقة .
- (٤) الغاية من تشريع الأحكام هى مصالح العباد وهى تشعب وتنوع والفترة السليمة تحتكم إلى القياس . فإذا نهى المرء عن شراب معين لكونه ساماً وقاتلاً فإنه يقيس على ذلك النهى عن كل ما هو سام وقاتل .

ب - أدلة نقاط القياس :

- (١) دلالة القياس دلالة ظنية لانقيد العلم وقد نهى الله عن اتباع ما لا علم لنا به فى قوله عز وجل « ولا تقف ما ليس لك به علم » (الاسراء / ٣٦) .
- (٢) القياس تقدم بين يدى الله ورسوله وهذا محرم بقوله تعالى « يأبى الذين آمنوا لاتقدموا بين يدى الله ورسوله » (الحجرات / ١) .
- (٣) روى عن الرسول ما يفيد أن الناس تضل إذا همى عملت بالقياس وأنه امرنا بعدم البحث عن اشياء سكنت الله عنها رحمة بنا والقياس هو بحث عن حكم تلك الأشياء المسكوت عنها .

(٤) ماروي عن الصحابة كعمر وعلى وابن مسعود من آراء تفيد نفى القياس كقول علي مثلاً « لو كان الدين بالرأى لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه » .

ولأريد أن أطيل الحديث بمناقشة حجج نقاد القياس فهي تقوم على فهم غير دقيق لبعض آيات القرآن وأحكام الحديث بل إنها تستند إلى أحاديث ضعيفة ، ولذا فإن منطق مثبتى القياس هو الأسلم والأولى بالاتباع .

الفرع الثاني في الاستحسان

تحديد وتعريف :

الاستحسان لغة هو عد الشيء حسنا حسيا كان أو معنويا . وقد تعددت فيه التعريفات الفقهية ولكنها لا تخرج عن مفهوم عام وهو أن « الاستحسان عبارة عن العدول عن حكم شرعي في واقعة إلى حكم آخر يقتضيه دليل شرعي بسند الاستحسان أو وجه الاستحسان ... العدول قد يكون بالعدول من قياس إلى قياس آخر ، وقد يكون بالعدول إلى الاستثناء من اصل كلي ، أو بتخصيص بعض افراد العام من عمومته لدليل داع للعدول » (نظام عبد الحميد - المرجع السابق ، ص ٤٠٦) .

حجية الاستحسان :

يستدل مثبتو الاستحسان على صحة رأيهم بقوله تعالى « واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم » (الزمر / ٥٥) . وقوله عز وجل « فبشر عبادي الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » (الزمر / ١٧ ، ١٨) وقوله عز من قائل « وأمر قومك بآحسنها » (الاعراف / ١٤٤) . واستشهد بقول ابن مسعود « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » . ثم إن الاستحسان هنا ليس قولاً بالهوى ولا مدارةً للتشهي وإنما يستند إلى دليل يوجهه .

ولكن هناك من ينفي الاستحسان من الفقهاء بدعوى أن الاستحسان نوع من التشريع وأن الاستحسان قول نهي عنه شرعا ولذا فإنه لم يعرف من أهل العلم أنه دليل شرعي لأن القياس الذي يترك بالاستحسان لا يجوز طرحه إن كان ذا حجية وإذا كان باطلا فيجب تركه من الأساس ولعل الخلاف بين

الفريقين خلاف لمضى مرجعه أن كلا من الفريقين يفهم معنى الاستحسان على نحو يخالف مفهوم الفريق الآخر ، ولذا فإن الفريقين ينتهيان إلى حكم واحد في المسألة ولكن الفريق المعارض يستند إلى أدلة أخرى غير الاستحسان .

أقسام الاستحسان :

وينقسم الاستحسان إلى أقسام :

- ١ — الاستحسان بالقياس الخفى ، أى العدول عن قياس جلى إلى قياس خفى لدقة علته . ومثاله أن سؤر سباع البهائم نجس وتبعا فإن القياس يقتضى الحكم بنجاسة سؤر سباع الطير لانهما سواء فى تحريم أكل اللحم سباع البهائم وسباع الطير ولكن سؤر سباع الطير اعتبر طاهرا استحسانا قياسا على سؤر الأدمى الذى لا يؤكل لحمه .
- ٢ — الاستحسان بالنص ، أى ورود النص القاضى بحكم فى مسألة على خلاف الحكم الكلى الثابت لنظائرها فالقاعدة تقضى مثلا بإبطال الوصية لأنها تصرف نصا إلى ما بعد الموت ولكنها جازت استحسانا بالنص لقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » (النساء / ١١) .
- ٣ — الاستحسان بالمصلحة ، أى أن تستدعى المصلحة العدول عن حكم كلى فى مسألة من المسائل ومسحب حكم آخر عليها يخالف ذلك الحكم . ومن أمثلته صحة وصية المحجور عليه مع أن الأصل هو عدم صحة تبرعاته لأن الوصية لاتعارض الفرض من الحجر وهو المحافظة على مال المحجور عليه فى حياته .
- ٤ — الاستحسان بالضرورة ، أى العدول عن حكم أصلى كلى فى مسألة إلى حكم يخالفه بدافع الحرج والضرورة كالحكم بصحة عقد البيع ولو اقترن بغبن يسير .
- ٥ — الاستحسان بالعرف ، أى جريان العرف على استثناء حكم مسألة من

قاعدة كلية . كالحكم بصحة وقف المنقولات مع أن المفروض في الشيء الموقوف أن يكون ذا كيل دائم .

ويضيف الفقهاء صورة سادسة للاستحسان عن الاستحسان بالاجماع ويقصدون بذلك اتفاق أهل العلم على حكم في مسألة بخلاف حكم القاعدة التي تنضوى تحتها تلك المسألة . والحق أن هذه الصورة تستند إلى مفهوم خاص يقول به مثبتو الاستحسان للاجماع . إذ كيف يكون هناك استحسان بالاجماع مع أن الأخذ بالاستحسان في ذاته ليس محل اجماع الفقهاء فالشافعية والظاهرية وجمع من المتكلمين يذهبون إلى عدم حجية الاستحسان وعدم جواز بناء الاحكام عليه .

الفرع الثالث فى المصالح المرسله (الاستصلاح)

تجديد وتعريف :

المصلحة بمعنى الصلاح والمنفعة وجمعها المصالح . والمصالح على ثلاثة أقسام :

أ — مصلحة معتبرة ، وتشمل الوصف المناسب المؤثر ، اى الوصف الذى اعتبره المشرع بعينه علة لعين الحكم الذى شرعه سواء وراء اعتبار علته صراحة أم اشارة . فالقرآن يمنع البيع وقت النداء للجمعة حتى لا يحول دون السعى إلى صلاة الجمعة وإذن فكل مايدعو إلى تلك الحيلولة يرد عليه حكم المنع قياسا . والوصف المناسب الملائم وهو الوصف الذى لم يقم دليل من النص على اعتبار علة الحكم لعين الحكم وإنما قام الدليل على اعتبار عينه علة لجنس الحكم أو اعتبار جنسه علة لعين الحكم أو اعتبار جنسه علة لجنس الحكم مثال ذلك قياس الاخ الشقيق على الاخ فى ولاية النكاح على تقدمه فى الميراث للملائمة وصف الشقيق لاثبات الحق فى ولاية النكاح .

ب — مصلحة ملغاة : وهو الوصف الذى قد يبدو أنه يصلح لبناء الحكم عليه ولكن انعام النظر يكشف عن أن الشارع قد ألغى الاعتداد به ولذلك سقط عن الاعتبار ، وذلك كوصف القرابة التى يتساوى فيها الذكر والانثى بالنسبة للاب فانها لاتصلح علة لتساويهما فى الميراث .

ج — مصلحة مرسله ، وهى الوصف الذى يظهر للمعتمد انه مظنة أو دفع المضرة عند بناء الحكم عليه دون أن يجد من الشارع مايدل على الغائه أو الاعتبار به . والغزالي يطلق على المصالح المرسله مسمى

« الاستصلاح » ويطلق عليها المتكلمون اسم « المناسب المرسل الملائم » ويسمونها البعض استدلالا .
والمصلحة المرسله باب من الابواب الواسعة دخل منه الفقهاء عبر العصور لبناء الكثير من الاحكام .

حجية المصالح المرسله :

بدهى أن مجال إعمال المصالح المرسله هي المعاملات وليس العبادات لان سبيل المصالح المرسله هو التوقيف . ثم اننا لا نستطيع أن نلجأ إلى المصالح المرسله في أحكام المعاملات الثابتة بنص قطعى كمدة العدة من وفاة وطلاق . ويستند مثبتو المصالح المرسله في التدليل على أنها حجة شرعية فيما لانص فيه إلى مايلي :

- (١) شرع الله الأحكام لتحقيق مصالح العباد ودفع الضرر عنهم .
- (٢) صدق المصلحة المرسله غالب فلا يجوز تقطيعها خشية الوقوع في مفسدة يندر تحققها .
- (٣) تتغير المصالح بتغير الزمان والمكان ولا بد من إفساح المجال أمام المجتهد لاستنباط الأحكام لما يجرد من القضايا وفق المصالح والاضافات الشرعية بمصالح العباد .
- (٤) لم ينكر أحد الأحكام التي توصل إليها الفقهاء بناء على المصالح المرسله .

يبد أن الامام الفزالي يريد الأخذ بالاستصلاح في دائرة محدودة هي أن يكون ضرورة لحفظ الدين أو النفس أو النسل أو العقل أو المال وقاطعة في جلب منفعة أو درء مفسدة ، وعامة تعود بالنفع لعامة المسلمين وليس لشخص أو جماعة .

وهناك من ينكر الاخذ بالمصالح المرسله كلية — كالحنفية والشافعية — للاعتبارات التالية :

(١) إذا خلت المصلحة من مرجحات الاعتداد أو الرفض فلم لانرجح جانب الالغاء على جانب الأعمال .

(٢) قد يصل عن طريقها أهل الاهواء إلى مآربهم وابتداع ما يحلو لهم من أحكام فضلا على أن هذا قد ينجم عنه اختلاف الاحكام بالنسبة للأمر الواحد باختلاف العقول والاهواء .

والحق أن المصلحة المرسله واجهة لها جاذبيتها في تطوير الأحكام ومسايرة متطلبات العصر والزمان والقاعدة العامة أن الله لم يجعل على الناس في الدين من حرج . فلا غرو أن نجد من ينكرها لفظا ويتبعها واقعا ومن الأمثلة البارزة على ذلك ابو حنيفة وقد أخذ الحنفية بالاستحسان وجعلوا المعلم سنداً من اسانيده فكيف ينكرون بعد ذلك الاحتجاج بالمصلحة المرسله . ولذا يقول الزركشي « وقد اشتهر انفراد المالكية القول به ، وليس كذلك فإن العلماء في جميع المذاهب بمطلق المناسبة ، ولا معنى للمناسبة إلا ذلك » (نقلا عن نظام الدين عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥) .

ثم إن هناك شروطا للعمل بالمصالح المرسله تحول بين صاحب الهوى وبين أن يتخذ من المصلحة المرسله مركبا يحقق بها أغراضا يشترط أن تكون ملائمة لمقاصد الشارع ولا تنافي أصلا من أصوله ، وأن تنسجم مع العقول السليمة ، وأن من المصالح المتخففة وليست المتروكة ، وأن تكون عامة لا خاصة ، وألا تتعارض مع مصلحة أخرى تكون أجدر منها بالاعتبار .

كما تختلف المصلحة المرسله عن الاستحسان في انها ليست عبولا عن حكم أمر اخر أو استثناء عن حكم أصل من الأصول وإنما يثبت حكمها ابتداء للجب منفعة أو دفع مفسدة .

الفرع الرابع فى الذرائع

تحديد وتعريف :

الذرائع جمع ذريعة والذريعة فى اللغة هى الوسيلة . والذرائع اصطلاحاً بمعنى الوسائل المباحة المؤدية إلى المحرمات أو هى المسألة التى ظاهرها ألا يأخذ ويتوصل بها إلى الفعل المحظور فيكون سد الذرائع بمعنى التوصل بالمباح المفضى إلى ما هو ممنوع شرعاً ولذا يحرم مثلاً النظر إلى الأجنبية مع أن النظر مباح فى حد ذاته ، وذلك لأن النظر هنا قد يؤدى إلى اقتراف الفاحشة .

ويقابل سد الذرائع فتح الذرائع أى الأخذ بالوسائل المؤدية إلى ما فيه المصلحة فما يؤدى إلى المحرمات يكون محرماً وما يؤدى إلى الواجب يكون واجباً وما يؤدى إلى المباحات يكون مباحاً . ومن ثم فإننا نجزى دفع المال للدولة بحاربة اتقاء لشرها إذا لم يكن فى المسلمين قوة تمكنهم من دفع أذاها .

أقسام الذرائع :

والذرائع مباحة أصلاً ولكنها قد نفى إلى ما هو محرم على ثلاث فئات :

- ١ — ذرائع قد تؤدى إلى المفساد كالنطق بكلمة حق عند حاكم جائر ، فهذه ذريعة تتاح شرعاً .
- ٢ — ذرائع يغلب أن تؤدى إلى المفساد كبيع العنب لصانع الخمر ، وهذه ذرائع محرمة .
- ٣ — ذرائع موضوعة للافضاء إلى مباح ولكنها تستعمل لغير ما وضعت له كالتزوج من امرأة بقصد تحليلها لزوجها السابق .

والذرائع من هذه الفئة مفاسدها راجحة لكنها ليست غالبية لذا اختلف الفقهاء فيها فحمنهم من قال بسدها ومنهم من أمضاها .

حجية الذرائع :

يستدل مثبتو الذرائع بما يلي :

- (١) بعض آيات القرآن الكريم مثل قوله تعالى « يأيا الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا واسمعوا » (البقرة / ١٠٤) فالله ينهى المؤمنين عن مناداة النبي بقولهم راعنا وهو بمعنى اسمع ماتريد أن نسألك لأن اليهود كانوا يلون به ألستهم فيقولون « راعينا » وهى كلمة سب باللغة العبرانية .
- (٢) بعض الأحاديث الشريفة مثل قوله ﷺ « من اكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه قبل » يارسول الله كيف يلعن الرجل والديه ، قال : يسب أبا الرجل فيسب أباه . فجعل سب والدى الغير كسب والدى الساب .
- (٣) لايتوصل إلى المقاصد إلا بأسبابها ولذا فإن وسيلة المقصود تابعة للمقصود فكلاهما مقصود ولهما حكم واحد غير أن المقصود مقصود الغاية والوسائل مقصودة قصد الوسائل فإذا حرم الله شيئا حرم وسائله وإذا اباحه أباح وسائله وإذا أوجبه أوجب وسائله .
- (٤) ورد عن عائشة انها افتت ببطلان يبيع باعه شخص ثم اشتراه من مشتره بأقل مما بيع نقدا .

أما الذين ينفون الذرائع فيستندون إلى :

- (١) تحريم الذرائع قائم على الظن والظن لا يغنى من الحق شيئا ولذا فإن التحريم والتحليل لا يكون إلا بالأدلة القطعية .
- (٢) الألفاظ هى المناط فى الشرعية وعدم الشرعية لذا يلزم الاعتداد بظواهرها دون البواعث الباطنة والغايات الخفية التى لا يعلمها إلا الله .

(٣) قول عائشة إن صح فهو اجتهاد آحاد وهذا لا يكون حجة على الآخرين .

يبد أن الفقهاء يقررون الأخذ بالذرائع لاسيما المالكية والحنابلة ، والذين لا يأخذون بالذرائع ينتهون إلى الحكم ذاته استنادا إلى ضوابط شرعية أخرى . ثم إن للمقاصد اعتبارها في الشرعية وللنوايا دلالتها لاسيما إذا اقترنت بما يشير إلى الغاية . وفي ذلك يقول الرسول ﷺ « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » . ولذلك يقول القرافي « مالك لم ينفرد بذلك كل أحد يقول بها ولا خصوصية للمالكية بها إلا من حيث زيادتهم فيها ... فنحن قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا لا إنها خاصة بنا » (ارشاد الفحول للقرافي ٢٤٦ ، ٢٤٧) .

الفرع الخامس فى الاستصحاب

تحديد وتعريف :

الاستصحاب لغة يعنى المباشرة والملازمة ويعرفه الأصوليون بتعريفات تجتمع عند القول بأنه الحكم بثبوت امر أو نفيه فى الزمن الحاضر أو المستقبل بناء على ثبوته أو نفيه فى زمن سابق حتى يقوم الدليل على خلافه . فإذا تزوج رجل امرأة وادعى بثبوتها بعد الدخول وانكرت المرأة ادعاءه كان القيل قولها لأن الأصل فى المرأة البكارة .

والاستصحاب اخر مدار الفتوى فلا يعمل به إلا اذا لم يوجد دليل آخر من الكتاب والسنة .

أنواع الاستصحاب :

ينقسم الاستصحاب إلى اربع مجموعات :

- ١ — استصحاب حكم الاباحة الأصلية ، أى أن الأصل فى الأشياء الجارية الاباحة حتى يقوم الدليل على التحريم . يقول الرسول ﷺ « ما أحل الله فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئاً » .
- ٢ — استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلى ، فالأصل عدم مشغولية ذمة الإنسان بحق لأحد الا إذا قام الدليل على العكس ولذا يقال بأن البينة على من ادعى .
- ٣ — استصحاب مانهض الدليل على ثبوته فكل دليل دل الشرع أو العقل على قيامه حكم باستمراره مالم ينهض دليل على تغير حكمه فإذا كان

هناك عقد زواج حكم القاصى بقيام الزوجية واستمرارها إلى أن يقوم
 ، دليل على الفقرة .

٤ — ويضيف الفقهاء قسماً رابعاً هو استصحاب حكم الإجماع في محل
 النزاع والطريف أن الفقهاء والقائلين بالاستصحاب قد اختلفوا في
 حكم المسألة إذا تغيرت تلك الصفة فمنهم من قال ببقاء الحكم على
 ماهو عليه . مثال ذلك التيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة إذ يرى البعض
 صحة صلاته ويرى آخرون بطلان صلاته برؤية الماء ويلزمه الوضوء
 واستئناف الصلاة .

حجية الاستصحاب :

يستند مثبتو الاستصحاب على أن ماثبت باليقين لا يزول إلا باليقين فمن
 توطأ للصلاة ثم شك في نقض وضوئه صلى بوضوئه ماشاء أن يصلى فالحكم
 متى ثبت شرعاً فالظاهر دوامه لما تعلق به من المصالح الدينية والدينية .

أما نقاد الاستصحاب فيذهبون إلى أنه لا بد من دليل ينهض على بقاء الحكم
 على ماهو عليه لأن الدليل دليل على وجود الحكم وثبوته لا على استمراريته
 وبقائه ، ومن ثم فإن بقاء الحكم واستمراريته يحتاج إلى دليل آخر على ذلك .

وتوسط فريق فقال إن الاستصحاب حجة في الدفع والنفي لافي الإثبات أي
 أن الحال الثابتة بالاستصحاب تدفع ما يخالفها ولكنها لا تثبت حكماً جديداً إلا
 إذا قام دليل على ذلك . فإذا اشترى شخص عقاراً وادعى آخر أحقيته بالشفعة
 فإن هذا الفريق لا يرى له هذا الحق لأنهم لا يرون أن استمرار وضع اليد دليل
 قاطع على الملكية وقت البيع ولا بد لإثبات ذلك من دليل .

والرأى عندى يتفق مع من يرجحون القول بحجية الاستصحاب لأن ما دل
 الشرع أو العقل على ثبوته يبقى على ثبوته بحكم الشرع أو العقل وانتفاؤه لا يتم
 إلا على أساسها . ثم إن الاستصحاب بذاته ليس دليلاً على الحكم وإنما الدليل
 هو ما يثبت الحكم السابق .

فروع ملحق فى الحيل فى الفقه الإسلامى

« الحيل » مصطلح يعرفه أكثر من نوع من فروع المعرفة :

فهو فى العلوم العسكرية يعنى المكان ، وأول كتاب اسلامى ألف فى الحيل بهذا المفهوم كان كتاب الحيل للجزرى الشعرانى وقد رفعه مؤلفه إلى الخليفة المأمون . وهناك عدة كتب أخرى تعالج الحيل من الزاوية الحربية لعل أكثرها شهرة — بين القدامى — « التذكرة المروية فى الحيل العربية » لعلى بن أبى بكر الحروى ، وكتاب الحيل فى الحروب وفتح المدائن وحفظ الدروب وهو كتاب مسلم غير معروف ، وإن نسب أحيانا إلى الاسكندر المقدونى . وتستند مشروعية تلك الحيل إلى قول الرسول ﷺ « الحرب خدعة » .

كذلك عرف علم الميكانيكا عند المسلمين باسم « علم الحيل » لكثرة ما تحتويه مفاهيمه الهندسية من حيل علمية . ومن أهم الكتب التى الفت فى هذا الباب من الدراسة كتاب الحيل لموسى بن شاكر وكتاب فى معرفة الحيل الهندسية لابن الرزاز الجزارى .

والحيل — فى الدراسات الجنائية — هى حيل الشحاذين والنصايين — والمؤلفات فى هذه الأمور قليلة أذكر منها كتاب المختار فى كشف الأسرار للجاحظ فقد روى الكثير من تلك الحيل .

ولكن الحيل التى تستهم دراستنا هى الحيل الفقهية أى الحلول الذكية التى يستعان بها لتحقيق غايات يصعب تحقيقها إذا اتبعنا الحلول المباشرة التى تزودنا بها الشريعة الغراء . ولذا فقد ارتأت زمرة من الفقهاء أن المخرج من هذا الحرج

لا يتأتى إلا بالخروج على تلك الحلول المباشرة بغية تحقيق النتيجة المرجوة .
 والمثل، يوضح ما أقول : تحرم آيات القرآن الفائدة الربوية نحرماً قاطعاً فلا مجال
 صراحة أو مباشرة ولكن هناك في الوقت ذاته حالات خاصة تمس فيها الحاجة
 للتعامل بالفائدة في المعاملات التجارية . ولذا فقد تحايل نفر من الفقهاء لاشباع
 تلك الحالات دون الخروج على النصوص وتذرعوا بذلك بعدة حيل أشهرها هي قاعدة
 « بيعه ببيعة » ومن صيغ تلك القاعدة — على سبيل البيان — أن يقوم المدين
 المنتظر ببيع سلعة نقداً إلى الدائن المنتظر بسعر معين ثم يقوم الدائن المنتظر
 مباشرة ببيع السلعة ذاتها إلى المدين المنتظر بسعر أعلى ولكنه مؤجل . فهنا نحن
 أمام عقدي بيع صحيحين يعقدان طبقاً للأحكام الشرعية ولكن الفرق بين
 السعرين يمثل الفائدة المطلوبة ، ولذا تسمى هذه الصفقة بالمخاطرة أو المعاملة ،
 وقد كثرت تلك العادة في المدينة منذ وقت مبكر تتعاصر بداياته مع مالك .

ويمثل فقه الحيل هذا نظرة واقعية تريد أن تربط حاجة الناس العملية بأحكام
 الشريعة النظرية ، ذلك أنها تقوم على عدة صفقات كل منها شرعى في
 ذاته ولكن تصل في مجموعها إلى نتيجة غير التي قد نصل إليها لو أننا طبقنا
 الأحكام المباشرة في النظرية الإسلامية . ولذا فقد غلب على الناس — عندما
 يلجأون للحيل — أن يبرموا كل صفقة من الصفقات المرتبطة في وثيقة
 منفصلة . بيد أن هذا قد يسمح لأحد الأطراف بأن يستفيد من هذه الوثائق
 المتعددة على نحو يخالف ما أراد الطرفان التوصل إليه من جمعها ، ولذا جرت
 العادة على أن تودع الوثائق لدى شخص ثقة ومعها وثيقة غير رسمية توضح
 العلاقة المصلحية التي يستهدفها الطرفان من وراء تلك الوثائق مجتمعة وهي
 تقابل مانسميه اليوم بورقة الضد ، وعندئذ يحرص الوديع على عدم تمكين أى
 من الطرفين من تجاوز الغرض المشترك فيسلم كلا منهما الأوراق التي يحق له
 استخدامها في مرحلة بعينها من العلاقات المتبادلة بحيث لا يتمكن الآخر من
 نساد الصفقة .

كذلك قد تستخدم الحيل لتفادى الالتزامات التي يرتبط بها أصحابها تحتم

القسم أو التي يتعهدون بها بارادة فردية اعتمادا على تسلسل وقائع معينة ولعل هذا الاتجاه يرتبط بموقف الفقه من تفسير الأحكام المتعلقة بهذه الأمور تفسيرا مضيقا أو نصيحة بعض الفقهاء بأن ينحو الناس منحى استخدام الألفاظ الغامضة التي تحتل عدة تفسيرات . ويعتمد أصحاب هذا المذهب على قول لعمر أنه « في معرض الكلام لامتدوحة عن الكذب » ، أى استخدام التعبيرات غير الواضحة بل إن هناك حديثا ينسب للرسول ﷺ بأن الكذب يحسب كذبا إلا في حالات ثلاث : إذا كذب المرء لأقامة السلم بين شخصين ، وإذا كذب لزوجته بعمل موعود وإذا كذب في الحرب (الكامل للمبرد) . وينقل عن الصحابي المشهور حذيفة بن اليمان قوله : ابتاع جزءا من ديني بالجزء الآخر مالم يختف كله .

ويبدو أن مدرسة الكوفة هي التي حملت لواء هذا الاتجاه ولذا كثرت مؤلفات اصحابها فيه مثل الاشباه والنظائر لابن تميم وكتاب الحيل والمخارج للخصاف ، والبسوط للسرخسي ، وكذا تلقى تطبيقات لها في الفتاوى المغربية وكتاب المخارج في الحيل للشيباني .

ويقف الفقه الإسلامي من الحيل موقفا تختلف درجاته ، فالحنفية — كما اسلفت — هم مبتدعو المدرك .

أما الشافعية ومن سبق من اتبعه فقد اعتبروا الحيل ممنوعة ولكن المكثرة من الشافعية ومن بينهم الفقيه الشافعي الكبير ابن حجر — أقرت صحتها ، ولعل حافظهم إلى ذلك هو مالقيته الحيل من نجاح في الواقع العملي .

أما مالك فقد رفضها رفضا باتا لأسماها مأسما بيع العربان ولكن المدرسة المالكية فرقت بين الحيل الجائزة والحيل الممنوعة وإن غلب عليها أقرار صحة الحيل ، ومن الذين أخذوا بهذه التفرقة محمود بن الحسن القزويني في كتاب له في الموضوع .

ويعارضها بعض الحنابلة ومنهم القاضي ابو يعلى في كتاب اسمه « كتاب ابطال الحيل » . ولاين تيمية دراسة خاصة « إقامة الدليل على ابطال

التحليل . كذلك عارضها أهل الحديث وقد خصص البخارى كتابا من صحيحه لمحاربتها .

والحق أننى لأرى أن الفقهاء الذين أجازوا الخيل وعملوا بها قد قصدوا عمدا تحليل الحرام وإنما ابتغوا تيسير الشئون الحياتية — لاسيما التجارية — على الناس . والخيل بهذا المفهوم هى صورة خاصة من صور الأحكام التى تقتضيها الضرورة وتبعا فيجب عدم التوسع فيها والتحرز فى الفتوى بناء عليها . بيد أن البعض قد أساء استخدامها وترخص فى توسعة مجالاتها الأمر الذى كانت له معقباته على المحدثين من فقهاء المسلمين إذ مجوها وعزفت جمهورهم عنها .

استطرد : علاقة الضرورة بضوابط الاستنباط :

الضرورة فعולה من الضرر ، وهى فى الأصل مصدر ضرر ، والضرر هو سوء الحال الذى لانفع معه يساويه أو يُرى عليه فإن كان معه نفع يساويه أو يزيد عليه فلا يسمى حينئذ ضرا ، ومن ثم فلا يطلق على تناول جرعات الأدوية المريرة مثلا ضرر لما تشمله من منفعة .

وهناك من فسر الضرر بأنه إلحاق مفسدة بالخير ، وهو تفسير لوحظ فيه الفعل ، وهو مع ذلك تفسير يدخل تحت عموم سوء الحال . أما ما يذكره الفقهاء من اشتراط بلوغ الضرورة حدا معينا . فهو اصطلاح فقهي محض (جميل محمد بن مبارك — نظرية الضرورة الشرعية — حدودها وضوابطها — المتصورة ، ١٤٨ / ١٩٨٨ ، ص ٢١ ، ٢٣) .

وبدهى أن الشريعة وضعت لصالح الخلق ، بيد أن مواضع الضرورة مستثناة من الأحكام الأصلية مع تأييدها بالنصوص والقواعد الشرعية وذلك حفاظا على تلك المصالح . ولذا قدمت أن طرائق الاستنباط — فيما عدا القياس — تعتبر من قبل الطرائق أو الضوابط لاستنباط الأحكام التى تتعلق بمجالات الضرورة ، وأوضح ذلك فى عجالة . فالمصالح المرسلة هى ضرورة لم ينص على عينا ولا تقاس على المنصوصة بالقياس الخاص . وتتجلى علاقة الضرورة هنا بالمصلحة المرسلة فى ثلاث نواح :

أ — أن من الأصوليين من يشترط للعمل بالمصلحة المرسلة أن تكون مصلحة تدعو إليها ضرورة ، فالضرورة هنا شرط والمصلحة مشروطة .

ب — أن الأصوليين يستنبطون للأحكام الخاصة بما لم ينص الشارع عليه عللا يجعلونها في المسائل التي افتوا فيها بالضرورة .

ج — أن كل أمثلة المصالح المرسلة فيها تعارض بين مصلحتين وكل أمثلة الضرورة فيها تعارض بين مصلحتين — ومثال ما قدمت فرض ضرائب على الناس إذا احتاج الإمام المسلم العادل إلى ذلك ، فهذا أمر لم تنص الشريعة على عينه ولكن الضرورة دعت إليه .

وتظهر العلاقة بين الضرورة والاستحسان في أن كليهما مستثنى من مقتضى النص الأصلي فالضرورة استثناء مؤقت من النص والاستحسان استثناء من القاعدة القياسية العامة . والاستحسان لا يصار إليه إلا إذا كان استعمال القياس يؤدي إلى فوات مصلحة أو جلب مفسدة ، كما أن الضرورة لا يصار إليها إلا إذا كان تطبيق النص الأصلي يؤدي إلى فوات مصلحة أو جلب مضرة (ابن مبارك — المرجع السابق — ص ٢٣٦) .

وتتجلى أهمية العلاقة بين الضرورة وسد الذرائع في الأمور التالية :

أ — الضرورة وسد الذرائع كلاهما يركز على المصلحة ، فالضرورة يأبى حكمها عندما تتعارض المصلحة الأصلية مع مفسدة تُرى عليها ، وسد الذرائع يأبى حكمه عندما ينتج عن تطبيق الحكم الأصلي مفسدة تُرى على مصلحة الحكم الشرعى .

ب — العمل بقاعدة سد الذرائع ليس عملا مخالفا للنص بل هو عمل بروح النص ، والضرورة أيضا لا تخالف النص .

ج — سد الذرائع والضرورة تجتمعان في أصل من الأصول الشرعية الكبرى وهو اعتبار مآلات الأفعال ، والحق أنهما يشتركان في هذا الأصل مع المصالح المرسلة والاستحسان . فالشارع ينظر دائما إلى مآل الفعل من

حيث ما يؤدي إليه من مصالح أو مفسد ، وينبغي للمجتهد أن يتبع طريقة الشارع في النظر إلى مآل كل فعل . فإذا علم يقينا أو ظن ظنا قويا أن المصلحة التي من أجلها حكم الشرع بحكم معين لن تتحقق بل ربما أدى تطبيق الحكم إلى عكس المقصود منه فينبغي عليه أن يتوجه إلى نصوص أخرى يناسب تطبيقها المقام . (ابن مبارك — المرجع السابق ، ص ٢٥٥ — ٢٥٧) .

ولذا فإن اثبات العلاقة بين الضرورة وسد الذرائع يؤيد القول بالقياس على مجال الضرورات .

وعلاقة سد الذرائع بالضرورة تتضح في ثلاثة وجوه :
أ — تحريم المباح ، عندما رخص الشارع بأمر ولكنه لسبب من الأسباب يؤدي إلى مفسدة ، مثال منع عمر للزواج من الكتايات ، وهذا محل خلاف بين الفقهاء .

ب — أن ينص الشارع على تحريم الإقدام على أمر وتؤدي الضرورة إلى فعله وكان فعله يسد الذريعة إلى كثير من المفسد أكثر من المفسد الناتجة عن الإقدام عليه أو أن ينص الشارع على أمر سدا للذريعة فتؤدي الضرورة إلى فعله .

ج — يجوز ترك الواجب بل يجب تركه سدا للذريعة الوقوع في محرم ضرره أكبر من نفع فعل الواجب .

واللضرورة ضوابط أحب أن أذكرها حتى لا تكون ذريعة في غير محلها أجمعها فيما يلي :

- (١) أن تكون متفقة مع ضوابط الشارع .
- (٢) أن تكون محققة لا متوهمة .
- (٣) ألا تؤدي إزالتها إلى ضرورة أكبر منها .
- (٤) ألا يترتب على إزالتها إلحاق مثلها بالغير .
- (٥) أن تقدر بقدرها .

الباب الثانى

فى

العلاقات الدولية الإسلامية

الفصل الأول : فى أشخاص القانون الدولى

الفصل الثانى : فى المعاهدات

الفصل الثالث : فى نظام الحضرتين (النظام الدبلوماسى)

والنظام القنصرلى

الفصل الرابع : فى المسئولية الدولية والاستخلاف الدولى

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان واتقوا الله أن
الله شديد العقاب »

صدق الله العظيم

(المائدة / ٢)

الفصل الأول فى اشخاص القانون الدولى المبحث الأول فى الشخصية القانونية

الشخصية القانونية فى النظرية المعاصرة :

يختلف شخص القانون فى القانون الدولى المعاصر عنه فى القانون الداخلى ذلك أن شخص للقانون فى القانون الدولى يجب أن يجمع صفتين :
أ — الاهلية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات .
ب — القدرة ، أى الارادة الشارعة لوضع أحكام القانون الدولى

أما شخص القانون الداخلى فهو من توافرت فيه الاهلية دون القدرة . ولذا فإن هناك حالة وسطا فى القانون الدولى ولامقابل لها فى القانون الداخلى تلك هى الوحدة التى تملك الأهلية ولا تملك القدرة . إن مثل هذا الفرض يترتب عليه — فى رأى — قيام ذاتية دولية وليست شخصية دولية . والشخصية القانونية قد تكون شخصية معنوية وقد تكون شخصية طبيعية . ونظرا لأن الشخص النموذجى فى القانون الدولى هى الدولة — وهى شخص معنوى — فإن الشخص المعنوى يعتبر هو الشخص النموذجى فى القانون الدولى على عكس القانون الداخلى فإن شخصه النموذجى هو الفرد أى الشخص الطبيعى . وقد دخلت الشخصية المعنوية رواق القانون الدولى من باب الدولة بيد أن الدولة لم تعد الآن هى شخص القانون الدولى الوحيد فقد دخلت نادى اشخاص القانون الدولى وحدات متعددة يتزايد عددها يوما بعد يوم إلى حد كسر

احتكار الدولة للشخصية القانونية الدولية . ومن الوحدات التي تثير الجدل في مجال الشخصية القانونية الشركات متعددة الجنسية وبعض شركات الطيران الدولية وصور من الاستثمار المشترك بين الدولة والشركات الأجنبية العملاقة لاستثمار الثروات الطبيعية وحركات التحرير والأمة كوحدة لها ذاتيتها . وأغلب الظن عندى أن منطق النظرية الإسلامية لا يلقى المعاناة ذاتها التي يلقاها منطق النظرية المعاصرة في الاقرار لتلك الوحدات بالشخصية المعنوية فهو أكثر مرونة واوسع تقبلا للفكرة .

ولما كانت الشخصية القانونية المعنوية هي الأهم بالنسبة لنا في هذه الدراسة فإني اعكف عليها هنا بكلمة سريعة .

الشخصية المعنوية والنظرية الإسلامية :

إن الشخصية المعنوية ليست إلا حيلة قانونية أريد بها معالجة حالة طرأت ولم تكن في الحسبان تلك هي قيام حقوق للجماعة . إن الفلسفة من وراء مدرك الشخصية المعنوية إنما تستهدف مواجهة مشكلة عرضت وحاجة استجدت عندما أريد وضع قواعد تخاطب المجموعات ذلك أن منطق القانون يقتضى أن يخاطب المكلف مباشرة بأحكام القانون الذى ينظم نشاطه وأن يخاطب على نحو يسمح له بأن يفهم أحكام ذلك القانون ويدرك مقاصده . وهذا يتطلب في المكلف أن يكون كائنا ذا عقل واردة تلتزم وذلك وصف لا ينطبق إلا على الفرد بما له من كيان طبيعى وقدرة واقعية أما الجماعات من حيث هي جماعات فلا تتوفر فيها تلك المواصفات . ومن ثم فقد رغب القانون في تخطي هذه العقبة وتذليل تلك المشكلة فابتدع فكرة الشخصية المعنوية . إذ افترض أن المجموعة التى يخاطبها إنما تنصهر في بوتقة تلم أفرادها ومن يكوّنونها في كيان معنوى — يقابل الكيان الطبيعى للفرد — ولذلك اسمى هذا الكيان المعنوى بالشخص المعنوى . كذلك اعتبر القانون أن لهذا الكيان ارادة قادرة بالنسبة للأغراض التى يخاطبها من أجلها ومن هنا نقول إن ارادة الشخص المعنوى ارادة اعتبارية لأنها طبعا ليست بارادة حقيقية .

ومن ثم فإن ادماج المجموع في كيان معنوي والاستغناء عن الإرادة الحقيقية بإرادة افتراضية هو الذي يفسر كيف قامت الشخصية المعنوية في القانون . فليس عجباً إذن أن تكون فكرة الشخصية المعنوية هي ملاذ القانون — أى قانون — وحيلته إذا ما أراد مخاطبة مجموعة معينة لأغراض معينة .

فإذا وضعنا تلك الحقيقة في الاعتبار — نجد أن النظرية الإسلامية قد واجهت هذه المشكلة أيضاً لأن فيها أحكاماً تخاطب المجموع . واسبق أمثلة على ذلك :

يقول عز وجل في كتابه الكريم : « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف » (آل عمران / ١٠٤) وهذا خطاب إلى الأمة في مجموعها وليس إلى فرد بذاته ، وهذا تبعاً لفرض التزاماً على الأمة في كلها وليس التزاماً على كل فرد من أفرادها فحسب ، أى أن الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف — وإن كانت مستحبة من كل فرد على حدة — إلا أن الالتزام بها لا يقع على الفرد وحده وإنما يقع على المجموع كذلك . وخطاب المجموع واضح كذلك في قوله تعالى « وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (البقرة / ١٤٣) . فالخيرية نصاً لا تتوافر بدهاء في كل فرد من أفراد الآية الكريمة وإنما هي خيرية تغلب على الأمة في مجموعها وتتسم بها في تصورها الكلي المعنوي . وقد أناط الإسلام حق العبادة والريادة بهذه « الخيرية » التي تعتلى أسام القيم والفضائل الموضوعية الإنسانية . ولعل تلك القضية هي التي دعت الفقهاء إلى الكلام عن الفرض العيني والفرض الكفائي . والفرض الكفائي هو الذي يسقط التكليف عن المجموع إذا قام به بعض هذا المجموع . وإن تصور مدرك فرض الكفاية إنما يجد منطقاً في فكرة الشخصية المعنوية لأن الفرض أصلاً واقع على المجموع فكيف يغنى أداء البعض له عن البعض الآخر إلا إذا كان نشاط هذا البعض قد أدى بنبابة افتراضية عن الكل .

كذلك إذا قال الرسول ﷺ إن أمته لا تجمع على ضلالة فهو يرتب آثاراً

قانونية على اجماع الأمة وهو أن ماتراه الأمة الإسلامية على أنه حسن نهر عند الله حكم حسن . والأمة ليست كيانا ملموسا ولا تملك إرادة محسوسة فكيف ننسب إليها نشاطا قانونيا أو إرادة آثار قانونية إلا اذا تصورنا الأمة تصورا معنويا على أنها شخص قانوني ذو إرادة اعتبارية . كذلك عندما قرر الرسول ﷺ في شأن الأمان أن المؤمنين يسعى ادناهم بذمتهم فانه — فيما اعتقد — لم يقصد أن المسلم عندما منح الأمان يكون قد سعى بذمة كل فرد من أفراد الأمة على حدة وإنما قصد أن المسلم انما يسعى بالذمة الجماعية للأمة . ولما كانت الذمة عنصرا من عناصر الشخصية فإن الذمة الجماعية لا تكون إلا للشخص المعنوي .

ولانفسى أن الخطاب في النظرية الإسلامية وإن صدر أحيانا للفرد إلا إنه خطاب من رب العالمين فلا ينفك منه المجموع كما لا ينفك منه الفرد لأنه خطاب مبنى على العقيدة ، وهذا يفسر قوله سبحانه وتعالى « وإذا اردنا أن نهلك قرية امرنا مترفيا ففسقوا فيها فحق عليها القول فدمرناها تدميرا » (الاسراء / ١٦) لأن منطق الآية الكريمة لا يستقيم مع أحكام أخرى في القرآن إلا على اساس مدرك الشخصية المعنوية . فالقاعدة العامة في القرآن هي أن لا تزر وزر أخرى وإذن فكيف تدمر القرية بفسق مترفيا فيتحمل أهلها وزر الفاسقين إلا اذا كان الفسق ممن يقومون على شئون القرية بوصفها شخصا معنويا وعندئذ ينسب الفسق إلى المجموع ويكون التدمير عقابا لهذا المجموع .

وهكذا نجد أن من احكام النظرية الإسلامية ما يخاطب المجموع وتبعاً فإن تطبيقه يتطلب الاقرار بمدرک الشخصية المعنوية . والحق أن ذلك المدرك ليس غريبا على الفقه الإسلامي التقليدي لأنه أخذ بالفكرة عندما عرضت له المشكلة في فروض استدعت ذلك . ولعل أهم فرض هو نظام الوقف .

لقد اختلف الفقهاء في تعريف الوقف ولكن جمهورهم — يوسف ومحمد والشافعي واحمد بن حنبل — ذهب إلى أنه حبس العين على حكم ملك الله

تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء وقيل هو حبس العين على ملك الله تعالى (محمد مصطفى شلبي — أحكام الوصايا والأوقاف ، القاهرة ١٩٦٢ ، ص ٣٢٦) . والتعريف واضح في أن الوقف شخصية معنوية . وكان يكفيني هذا للتدليل على أن مدرك الشخصية المعنوية هو من المدركات التي تتعامل بها النظرية الإسلامية لولا أن البعض يذهب إلى أن حكم الوقف حكم استثنائي والاستثناء لا يقاس عليه . وعندى أن هذا الاعتراض يفتر إلى ساق يقف عليها لان المنطق الذى وضع الحكم للوقف يتكرر في حالات أخرى . ثم إن الاقرار بالمدرک في تصور ما هو اقرار بفكرة قانونية يمكن الاستفادة بها عندما تتوفر حکمتها فضلا على أن تطبيق القاعدة في حالة واحدة لا يعنى حتماً ولزاماً أن تلك الحالة استثناء ، وإنما يعنى في وضعنا هذا أن المشكلة التي قابلت الفقه التقليدى قامت في حالة واحدة هي حالة الأوقاف فلو أنه ووجه بمشكلة مماثلة فأخذ فيها بحكم غير الحكم لكان منطقياً أن نصف الوضع الخاص بالوقف على أنه وضع استثنائي وإلى أسائل عن الحكمة في النكوص عن الاقرار بمدرك الشخصية المعنوية على الرغم مما فيه من رفع للخرج كما استبان من الأمثلة التي سقتها فيما سلف ، والتي تؤكد أن من أحكام النظرية ما يخاطب المجموع . وقد قدمت أن فكرة الشخصية المعنوية نبيلة قانونية تدرع بها القانون لتقرير الحقوق والالتزامات الجماعية . وإذا كان الشخص المعنوى هو الشخص النموذجي في القانون الدولي فإن مؤدى رفض الشخصية المعنوية في النظرية الإسلامية هو اعاقا تلك النظرية عن أن تضع احكاما تنظم العلاقات الدولية .

ولا يفوتنى في هذا المقام أن اضيف صورة من صور الشخصية القانونية العامة التي لا يمارى فيها الفقه ، تلك هي بيت المال . ذلك أن بيت المال — في عرف النظرية الإسلامية — يعد بمثابة شخصية اعتبارية يجب دفع الخراج والجزية له ومايرتبه ولى الأمر على المسلمين من التزامات مالية وهو وارث من لا وارث له وله أن يقاضى ويتقاضى .

وإذا كان الفقه الإسلامى قد انكر على الشركات أن تكون ذات شخصية اعتبارية فإنه لم يفعل ذلك جحودا بالشخصية الاعتبارية وإنما لأنه سلك فى تكييف الشركات مسلكا يغنى عن ذلك . لقد نظر الفقه الإسلامى إلى الشركات من زاوية مصلحة الشركاء فإن هى دايت أو تدايت وجب اذن الجميع إلا إذا كان فى عقد تكوينها مايبيح ذلك لمدير الشركة أو اقتضت طبيعة نشاط الشركة ذلك . ولكن النظرية الإسلامية قدرت فى قضية الشركات — وكيث المال مثلا — كيانا منفردا بما له وماعليه دون اعتبار لاشخاص مجتمعين .

إن هذه المقارنة العاجلة توضح — بل تؤكد — أن فلسفة النظرية الإسلامية لاتجاهى مدرك الشخصية الاعتبارية لانظرا ولا عملا . فإن صح هذا — وهو فى نظرى صحيح — فإنى لأجد صعوبة فى أن اتابع مسيرتى على درب القانون الدولى . والحق أننى وأنا بصدد الكلام عن الشخصية الاعتبارية أو الحقوق فى القانون الدولى كان يجب أن أفسح المجال لمناقشة صور أخرى من الشخصية الاعتبارية — عدا الدولة — كالمتمنظمات الدولية مثلا — بيد أن تأكيد مدرك الشخصية الاعتبارية — من حيث المبدأ — فى النظرية الإسلامية يكفينى فى هذا المقام لاننى بذلك أكون قد أقمت الأساس وأرست الركائز . هذا فضلا على أن هذا السفر لصيق بدراسة القانون الدولى وتبعاً فإنه لاجمال فيه لتفصيل يتعلق بالتنظيم الدولى ، ولذا فإن لى عذرى إن اجتزأت هنا بالكلام عن الدولة .

ومن ثم فإنى اخلص إلى أن النظرية الإسلامية تتسع لمدرك الشخصية المعنوية الدولية استجابة لمتطلبات الحياة الدولية المعاصرة ومواكبة لواقع الجماعة الدولية ورفعاً للحرز وهذا مقصد من المقاصد الأساسية فى النظرية الإسلامية لاسيما وأن النصوص الشرعية لاتعارض الأخذ بذلك المدرك بل تؤيده وتزكيه . ولقد عرفت العرب مدرك الشخصية المعنوية بمفهوم خاص فى صورة القبيلة ، فلا عجب أن تسمى القبيلة بالعاقلة لأنها تعقل افرادها . ولعل الرسول ﷺ قد

انطلق من هذا المفهوم عندما خاطب رؤساء الدول المحيطة بالجزيرة — في بدء الدعوة — يدعوهم إلى الإسلام ويحملهم مسؤولية عدم استجابة شعوبهم لدعوته . . .

واحب أن أضيف هنا أن الازدواجية في عناصر الشخصية التي تتطلبها النظرية المعاصرة لقيام الشخصية الاعتبارية لاجالها في النظرية الإسلامية إذ يكفي في النظرية الإسلامية لتوافر الشخصية الاعتبارية الدولية أن تتمتع الوحدة الكلية بأهلية الوجوب القانونية الدولية ولا حاجة بها لان تكون قادرة على خلق قواعد القانون ومرجع ذلك أننا اشترطنا في النظرية المعاصرة أن تتوافر القدرة على جانب الاهلية لان الجماعة الدولية تفتقر إلى سلطة مركزية لها سلطان التشريع الدولي ، أما النظرية الإسلامية فتعرف مشرعاً أعلى تسمو ارادته على ارادة الدول ، ذلك هو الخالق عز وجل . وهكذا نجد أن الشخصية القانونية في الشريعة الإسلامية تختلف في مفهومها الداخلي عن مفهومها الدولي إذ هي في الحالتين عدل الأهلية ثم إن من الفقهاء المعاصرين مازال — حتى في عصرنا هذا الذي يباهى بما أكده للناس من حرية — مازال يقول بأن الفرد محل للأحكام القانونية الدولية من حيث أن القانون الدولي يفرض عليه واجبات ولكنه لا يقر له بحقوق . بيد أن هذه النظرية لاتمثل النظرة العامة من قبل الفقهاء فهناك من يرى أن القانون الدولي يتعامل مباشرة مع الفرد دون وساطة الدولة فيضفى عليه الحقوق والالتزامات ، ولعل جروسويس هو أول من قال بهذا الرأي (انظر Korowicz op. cit., pp, 327-332)

وإلى جانب هذه النزعة التي تقول بأن الدولة والفرد كليهما من أشخاص القانون الدولي نجد نزعة أخرى تقصر الشخصية القانونية الدولية على الفرد وحده ، وتلك نزعة لاتجد إلا القليل من الأنصار (كورويز ، المرجع السابق ، ص ٣٣٩) .

أما النظرية الإسلامية فلا تستبعد الفرد من بين أشخاص القانون الدولي ذلك أن معظم آيات القرآن تتوجه بخطابها إلى الافراد . فضلاً على أن الفرد

يستمد بعض الحقوق مباشرة من القانون الدولي ، والمثل الذي يشرىونه لذلك حق الفرد في منح الأمان فيلزم بذلك الدولة الإسلامية . واني وأن كنت لاعتبر الأمان معاهدة إلا أن هذا لاينفى أنه وثيقة لها اثار دولية تحتاج بها الدولة . وقد يكون المثل الأكبر وضوحا هو مالأهل الذمة المقيمين في الدولة الإسلامية من حقوق . وكما أن النظرية الإسلامية تمنح حقوقا للفرد فهي تفرض عليه التزامات مثال ذلك الجهاد عندما يكون فرضا عينيا . صحيح أن الأهلية الدولية للفرد ذات نطاق أضيق من نطاق الأهلية الدولية للدولة ولكن هذا لاينفى أن للفرد شخصية قانونية دولية . وهكذا نجد أن النظرية الإسلامية أكثر تقبلا للفرد كشخص من أشخاص القانون الدولي . بيد أنها لاتحصر الشخصية القانونية الدولية فيه وإنما تقرر إلى جانب ذلك بالشخصية القانونية الدولية للدولة . ومن ثم فإن الرأى المعاصر الذى يعترف لكل من الدولة والفرد بالشخصية القانونية الدولية إنما يتفق مع النظرية الإسلامية في تحديد أشخاص القانون الدولي ، والنظرية الإسلامية إذ تأخذ بمفهوم محدد لاشخاص القانون الدولي إنما تغنى عن الخلاف المستعر في الفقه المعاصر في اشخاص القانون الدولي . وأبدأ في معالجة الأحكام الخاصة بأشخاص القانون الدولي بالكلام عن الدولة ثم أنتى بالكلام عن حقوق الأفراد والجماعات .

المبحث الثانى فى مدرك الدولة فى النظرية الإسلامية

تصدير :

تشهد الأحكام العامة فى النظرية الإسلامية بوجوب اقامة الدولة ، وتلك حقيقة تقررت فى اجتماع السقيفة إذ لم يخالف أحد من الصحابة فى أصل اقامتها وإنما انحصر الخلاف فى صفات من يتولى رئاستها . ولذا لم يعترض احد على اى بكر عندما قال « لابد لهذا الامر من قائم يقوم به . فانظروا وهاتوا برهانكم » .

وقد أشار القرآن الكريم إلى الدولة منذ أن قدر للإسلام أن يكون نظاما وتشريعا أساسه الحق والعدل غير مقتصر فى ذلك على ظهورها بل وكل إلى الرسول ﷺ ثم إلى المؤمنين به تنفيذها والجهاد الخالص فى سبيل هذا التنفيذ بقوله تعالى « أم يحسدون الناس على ما آتاهم الله من فضله فقد آتينا آل ابراهيم الكتاب والحكمة وآتيناهم ملكا عظيما » (النساء / ٥٤) . ووجه الاستدلال أن المقصود بقوله تعالى « أم يحسدون الناس » النبى محمد عليه الصلاة والسلام — إذ حسده اليهود منذ أقام الدين على أساس الدولة ، فكان الرد أن هذا الذى اضطلع به الرسول ﷺ — لم يكن بدعا فى النبوات ، بل لقد سبق أن آتى الله تعالى الملك العظيم لمن سبق من الأنبياء .

فالإسلام إذن دين قائم على قاعدة الدولة منذ قدر له أن يكون تشريعا (فتحة الدرينى — خصائص التشريع الإسلامى فى السياسة والحكم ، بيروت ١٩٨٢ ، ص ٣٢٨) .

ومن السنن التي يحتاج بها بعض الفقهاء في ضرورة اقامة الدولة رواية ابن عمر ؓ من حرج من الجماعة قيد شبر فقد خلع الإسلام من عنقه حتى راجعه ومن مات وليس عليه إمام جماعة فإن مؤتته موة جاهلية ؓ . وقول عثمان بن عفان ؓ إن الله يزع بالسلطان ما لم يزع بالقرآن ؓ . وهذه الروايات وأن كانت لاتعتبر نصا مباشرا في مقام الدولة إلا أن الاستشهاد بها لا بأس به في تدعيم مدرك الدولة وتأكيد معقوليته شرعا ، وذلك أن تحقيق مقاصد الشريعة الغراء لا يتم إلا بتنفيذ أحكامها وهذا لا يتحقق إلا بالدولة فكانت اقامة الدولة واجبة لوجوب ذلك بداهة .

ومما يركى المدرك ما تضمنه التشريع الإسلامي من مظاهر لسيادة الدولة — لاسيما على الصعيد الدولى — من مثل قواعد الجهاد و ابرام المعاهدات . ولذا يقرر ابن حزم أن العقل يوجب اقامة الدولة إذ يقول ؓ وقد علمنا بضرورة العقل وبديته ، أن قيلم الدولة بما اوجبه الله تعالى من الأحكام عليهم في الأموال ، والجنايات ، والدماء ، والنكاح ، والطلاق ، وسائر الأحكام كلها ، ومنع المظالم ، وانصاف المظلوم ، وأخذ القصاص على تباعد اقطارهم وشواغلهم ، واختلاف آرائهم . فلا تصح اقامة الدين إلا بالاسناد إلى واحد أو إلى أكثر من واحد ؓ (الملل والنحل لابن حزم — ج ٤ ، ص ٨٧) .

ويقرر الإمام الغزالي ؓ أن ذلك لو دام (أى الفتن وموت السلطان) ولم يتدارك ، ينصب سلطان آخر مطاع دام المخرج وعم السيف وشمل القمح وهلكت المواشى وبطلت الصناعات وكان كل من غلب سلب ولم يتفرغ أحد للعبادة والعلم وإن بقى حيا والأكثر يهلكون تحت ظلال السيوف ... ولهذا قيل : الدين والسلطان توأمان : الدين أساس والسلطان حارس وما لأساس له فمهدوم وما لا حارس له فضائع ؓ (الاقتصاد في الاعتقاد للغزالي — ص ١٠٥ — ١٠٦) . ويتابع الغزالي قوله ؓ فبان أن السلطان ضرورى في نظام الدنيا ، ونظام الدنيا ضرورى في نظام الدين ، ونظام الدين ضرورى في الفوز بسعادة أخرى ، وهو مقصود الانبياء قطعا ، وجوب تنصيب الإمام من

ضروريات الشرع الذى لاسييل إلى تركه . (الاقتصاد فى الاعتقاد ، المرجع السابق ، ص ١٠٦) . ولهذا نرى أن ائمة الفقه السياسى ينتهى بهم اجتهادهم إلى أن اقامة الدولة من اعظم مقاصد الدين ، فيقول الجرجاني إن نصب الإمام من أتم مصالح المسلمين وأعظم مقاصد الدين (شرح الجرجاني على المواقف ، ج ٨ ، ص ٣٤٦) .

يبد أن المدقق فيما اسلفت من قول يستين أن الفهم السياسى الإسلامى التقليدى للدولة قام على مدرك السلطان الذى يمارسه الإمام اى السيادة الشخصية لرئيس أعلى يتولى أمر المسلمين بما يقيم أمور الدين ويحمى مصالح الناس . ومن ثم فإن الأركان التى كانت فى اعتبار هؤلاء لقيام الدولة هى عنصر الشعب والحاكمية أما عنصر الأقليم فلم يكن واضحا فى ذهن هؤلاء المفكرين ولم يتضح فيما اسلفت من أقوالهم . بيد أن هذا التصور لم يعد هو التصور السليم للدولة اليوم إذا نحن أردنا لدولة الإسلام وجودا تتوفر فيه القوة والمنعة وتنعم فيه بعزة وسيادة لاتخضعها لسلطان اجنبى ولاتذله للائتار بأمر استعمارى . إن عصمة الدولة الإسلامية وصون حقها فى الحياة أداء لأمانة التكليف وعمارة الدنيا والاصلاح فى الأرض يتطلب أن يتوفر للدولة ركن ثالث هو الإقليم على تفصيل اورده بعد قليل . ذلك أن الدولة تتكون فى المفهوم الغربى المعاصر من ثلاثة اركان : اقليم وشعب وسلطة .

ويطيب لى — قبل أن اناقش عناصر الدولة — أن اشير إلى أن القرآن الكريم قد رسم للدولة الإسلامية دورها فى الجماعة الدولية فى قوله عز وجل « الذين إن مكناهم فى الأرض اقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر » (الحج / ٤١) . ومتنضى هذا أن الدولة الإسلامية مجتدة للقيام بمهمة الإصلاح فى الأرض بجميع وجوهه ماديا ومعنويا . وإذن فامرها ليس مقصورا على الإصلاح العقائدى فحسب بل يسبب بجهوده فى تدعيم أسس الحضارة الإنسانية وبدل دلوه فى حقول الرضاية العالميه .

الفصل الأول في عناصر الدولة في النظرية الإسلامية

دهليز إلى البحث :

قلت إن الدولة الإسلامية لم تعرف في بداية عهدها التصور الغربي الثلاثي الذي يجمع السلطة والإقليم والشعب إذ كانت نظرة الفقه الإسلامي إلى الدولة منبثقة من غاية تلك الدولة . إن غاية الدولة الإسلامية هي نشر الدعوة الإسلامية في ربوع العالم والوصول بكافة الناس إلى اعتناق الإسلام . ودعوة لها هذه الصفة العالمية لا يمكن أن تنحصر في مكان أو تحد بمحدود ولذا نظر الفقهاء إلى السلطة السياسية في الدولة الإسلامية على أنها سلطة شخصية تتابع المسلمين أينما كانوا وحيثما حلوا وليست سلطة مكانية تنحصر في إقليم بعينه . وإذن فالدولة الإسلامية دولة عالمية الأنوم ودولية بلا تخوم . وهكذا اسقط الفقهاء عنصر الإقليم في تصورهم للدولة الإسلام التي بنيت في نظرهم على شعب من المؤمنين وأمير للمؤمنين . وقد ساعد على تركيبة هذه النظرية مالمقيه الإسلام في عصوره الأولى من انتشار وازدهار فكانت العزة للمسلمين وقد دكت قواهم القلاع والحصون ولم تقف أمام حجاجلهم مناعة المشركين .

إن هذه النظرية التي تركز على العنصر الاجتماعي تماثل فكرة معاصرة تعتبر أن الفرد هو وحده شخص القانون الدولي ، ويعمد ديجي عميد القائلين بهذه التكررة واقتطف من دراساته في هذا الخصوص قوله :

” Dans toute société humaine, grande ou petite, ou on voit un homme ou un groupe d’homme ayant une puissance de contrainte d’imposer aux autres, on doit dire qu’il ya une personne politique , un etat ,
(Duguit, Leon- Traité de Droit Constitutionel, Paris, 1927, pp. 1152, 56-7).

ولذا فإن هذا الفريق يرى أن القانون الدولي قانون يحكم علاقات بين جماعات .

يبد أنه كان لابد للفقهاء الإسلامى من أن يعيد حساباته بعد أن خف وقع سنابك جيش الجهاد وجمدت فتوحات المسلمين قبل أن تتمكن الدعوة الإسلامية من أن تتم دورتها حول الشمس . وكان لابد من أن تنطلق النظرية الإسلامية على هدى من واقع الحال حيث ظلت رقاع من المعمورة خارج حوزة المسلمين وامتنعت أقاليم على قدرة الفاتحين . فبرزت فكرة تقسيم العالم إلى دارين : دار الإسلام ودار الحرب . ومع هذه النظرية بدأ عنصر الإقليم يشغل مكانا في تعريف الدولة الإسلامية إذ كانت دار الإسلام هي الإقليم الذى تعلو فيه ألوية الإسلام وكانت دار الحرب حيث تشيع أحكام غير اسلامية . والواقع أن هذه كانت ارهاصات بعنصر الإقليم وليست أخذا بفكرة الإقليم في مفهومها الدقيق لأن المساحة التى حددت بها دولة الإسلام تجعل وجودها المكاني نطاقا وليس اقليما بالمعنى الفنى للاصطلاح من حيث أن النطاق هو المساحة التى لم تحدد على وجه الدقة أما الإقليم فله خاصيتان الثبات والتحديد . ولذا سميت دارا والدار هي البلد والقبيلة ، وما أقرب نظرية الالماني شميت Schmitt من المفهوم التقليدى لدار الإسلام ودار الحرب إذ تلخص نظريته في أن العالم ينقسم إلى وحدات ذات مساحات شاسعة لاتتحدد بتعرجاتها الجغرافية وإنما توحيدها فكرة سياسية . وقد قفل باب الاجتهاد في وقت تعاصر مع تفتت الدولة الإسلامية الكبرى فلم يتسع الاجتهاد لمناقشة الوضع الجديد الذى آلت إليه دار الإسلام ولذا ظلت فكرة دار الإسلام ودار الحرب هي النظرة التقليدية للمفهوم الإسلامى . ولو شاء الله للاجتهاد أن يظل بابه مفتوحا لقرأنا للفقهاء رأيا غير ذلك الرأى ولما تخلف عن مواكبة مااستجد على الجماعة الإسلامية من تطوّر أخذنا بمبدأ المصالح المرسله من حيث أن الانفلاق عن تلك الحقيقة لايتخلف إلا حواجز تحول دون استمرار حيوية الدولة الإسلامية وموانع تعوق تقدمها . أما وقد زالت الغمة فإن علينا أن نعيد النظر فيما قيل حتى لاتتخلف عن الحل .

والدولة تعبر دأول الأسطلاح السقوى الإسلامى فى العربى العباسى لتمييز الحكم العباسى عن المحتكم الأموى، لأن الدولة لفة هى الاستيلاء رالنبلة . ولذا شاع التعبير اليوم فى لغة السياسة والقانون ويقابله فى اللغة الانجليزية تسمية الدولة أحيانا بلفظة power والفرنسية puissance ففيها كذلك معنى الغلبة . بيد أن القرآن الكريم استخدم لفظة أخرى للدولة ، تلك هى « القرية » وهذا يصف الصورة التى كانت غالبية على الدولة فى القديم إذا كانت المدينة تكون دولة ومن هنا كان يطلق عليها الدولة المدينة City-State. والقرآن فى تسميته للدولة بالقرية يحرص على أن يقدم لنا الدولة فى أصغر صورها حتى يمكن البناء عليها إذ مادام أن قرية واحدة يمكن أن تكون دولة فإن عدة قرى يمكن من باب أولى أن تكون دولة ، أما الأخذ بالبعكس فيوقعنا فى حرج . فلو أن القرآن وصف الدولة فى تصور اوسع لأثار ذلك مشكلة الوحدات الأقل اتساعا ، بيد أنها قرية ذات حد أدنى من التعداد السكانى على نحو ماأبين فى موضعه .

أعود إلى مكونات الدولة فأقول إننى استطيع أن استخلص المقومات الثلاثة من مفهوم اشارة بعض الآيات الكريمة واختار منها قوله تعالى « الذين يقولون ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها واجعل لنا من لدنك وليا واجعل لنا من لدنك نصيرا » (النساء / ٧٥) فالقرية هنا — وهى الدولة — ذات شعب هم أهلها الظالمون ولا بد أن يكون لها اقليم إذ كيف يتم الإخراج إلا من مكان محدد ومعين . أما السلطة فقد عبرت عنها الآية فى الولاية والنصير حتى يمكن أن يحمى المظلومين من السلطة القائمة على تلك القرية .

والحق أن وجود الإنسان فى جماعة امر تقتضيه طبيعة البشر وحقيقة الاجتماع لأن الإنسان اجتماعى بطبعه ، فليس من انسان يستطيع أن يعيش فى عزلة لأن الناس خلقوا كى يعيشوا فى جماعة . ولذا اقر مفكروا المسلمين — على سالفه فلاسفة الاغريق — أن الانسان لا بد أن يعيش فى مجتمع . ولعل الفارابى فى أهل المدينة الفاضلة — وبعده الكواكبى — هو خير ممثل اسلامى لذلك المفهوم الاجتماعى .

يبد أن اجتماع الناس لابد أن يتوصل بهم إلى جماعات تتدافع ووحدات تتنافس وذلك التجزؤ هو من اسباب العمران لأن انخراط الناس في جماعة واحدة لابد أن يفضى إلى كساد حياتهم وخمول نشاطهم « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض » (البقرة / ٢٥١). وهكذا فكما أن المجتمع ضرورى لحياة الإنسان فإن انقسام المجتمع إلى جماعات ضرورى لحياة المجتمع . ومن هنا كان انقسام العالم إلى دول امرا تدفع اليه قواميس الخلق ومقتضيات السنن لأن الإنسان وإن كان حيوانا اجتماعيا إلا أنه ليس حيوانا حسن السلوك دائما . وتلك حقيقة أكد عليها المؤرخ الفيلسوف ابن خلدون في مقدمته فقال إن قيام المجتمع يستحث الحاجة إلى حماية الإنسان ضد اخيه الانسان ولا تغن في ذلك الاسلحة التى يحمى بها الإنسان نفسه ضد الحيوانات الكاسرة لان كل انسان يستطيع أن يملك مثل تلك الأسلحة . وتبعاً فلا بد من قيام سلطة مانعة تملك من القوة والقدرة ما تستطيع أن تحمى به الناس ضد عدوان بعضهم على البعض الآخر . وذلك هو فحوى الملك الذى يكمن في طبيعة الناس ولاغنى ضم عنه من أجل بقائهم .

وكانت دولة المدينة المنورة أول تصور اسلامى للدولة وقد تبدت ارهاصاتها في عهد العقبة فالذين بايعوا الرسول هناك لم يبايعوا على الولاء الدينى فحسب بل على أن يمنعوا الرسول مما يمنعوا منه انفسهم . ثم تأكد ذلك في عهد المدينة حيث جعل المؤمنين من المهاجرين والأنصار — أمة واحدة فكانوا بذلك عنصر شعب الدولة الناشئة إلى جانب اليهود كأقلية محمية وكانت يثرب اقليمها . ويقول التاريخ إن الرسول كلف كعب بن مالك بأن يحدد حدود اقليم المدينة (أنظر (Hamidullah, M.- Le prophète d'Islam, Paris, p. 208)

ولذا دخلت بعض القبائل التى تقطن خارج المدينة في حدود المدينة مثل جهينة ومزينة . فلما وقعت موقعة بدر تأكد أن التآلف بين سكان المدينة لاينى على روابط العقيدة فحسب بل دخله عنصر سياسى هو التزام أهل المدينة بالحرب تحت قيادة الرسول . ومن هنا بدأ مجتمع المدينة يؤكد ذاته بالقياس إلى

الانسان القليل الذي يترقى القلوب، وإذا أوقفنا الشرق بين المسلمين مؤقتا، المعادة والقتال من أقرب الناس إليهم كتاباتهم وابتائهم، مدنا فضلا على سلطات المحكم الأعلى التي اذناها العهد على الرسول والتي أكدتها الآية الكريمة « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا قضيت ويسلموا تسليما » (النساء / ٦٥) . وهكذا استكملت دولة المدينة عناصرها الثلاثية الشعب والأقليم والسلطة . ولكن هذا التصور الثلاثي تاه في زحمة حروب الردة والفتوحات الإسلامية الأولى .

وأغلب الظن أن دولة المدينة بدأت في اتحاد ايلاف (كوتفدرالى) ثم أصبحت بعد نصر بدر دولة اتحاد موالاة (فدرالى) لأن كلا من المهاجرين والأنصار ظلت عليهم مسؤوليات متفصلة مثل الالتزام بالدية . وقد اعترفت مكة بهذه الدولة رسميا في عهد الحديبية (سنة ٦٢٩ م) الذي أكرم بين وحدتين تتعاملان على قدم المساواة . وجدير بالذكر أن الرسول وقع هذا العهد بصفته السياسية لأن العهد لم يصفه بأنه رسول الله ولم يتضمن مايفيد اقرار مكة بالإسلام كعقيدة . وبدأت الدولة الإسلامية — بعد فتح مكة وانتصار المسلمين في حنين — تنشر لواءها في ربوع شبه الجزيرة وبدأت القبائل تقدر من كل حذب وصوب لتقدم الولاء للرسول حتى أن آخر عام في حياة الرسول ﷺ عرف بعام الوفود لكثرتهم . فلما ولى ابو بكر وصرف حياته في حروب الردة كان يصدر عن فكرة الدولة الموحدة لانه أصر على محاربة القبائل حتى التي لم ترجع عن الدين ولكنها رفضت أن تدفع الزكاة له . واستقرت الدولة الإسلامية بمفهوم متكامل للدولة مع ولاية عمر بن الخطاب .

يوأجب قبل أن انتقل إلى مناقشة تلك العناصر أن أوجه النظر إلى ثلاثة اعتبارات :

١ - ليس في القرآن الكريم نص صريح في وصف الدولة . صحيح أن هناك آيات يمكن أن تروحي إلينا بمفهوم اشاراتها ببعض الأفكار ولكن هذا هو من قبيل الاجتهاد الذي قد يختلف فيه المجتهدون .

٢ — كان الرسول ﷺ على رأس الدولة الإسلامية في أول نشأتها وكان الرسول صاحب السيفين الزمنى والدينى بأمر إلهى صريح ، وتلك حقيقة فريدة لا يعرف التاريخ لها مثيلاً — ولذا لم يستطع المفكرون الأوائل أن يفهموا بوضوح أن للدولة سمات سياسية كما أن لها سمات دينية . وقد عمت تلك الحقبة عليهم فكان لها معقباتها على تصورهم لمدرک الدولة ، ولعل ذلك كان من وراء اهتمامهم بعنصر الشعب حيث أن الرسول بعث هادياً للعالمين .

٣ — كانت القبيلة هي الوحدة السياسية التي عرفتها العرب قبل الإسلام وقد ظل المدرك القبلى ذا تأثير على الفكر الإسلامى حتى بعد مجيء الإسلام . ورب أن كل ما طرأ على المدرك هو في تعريف مدلوله وليس في تغيير اصوله . وكان العباسيون أول من استعمل تعبير « دولة » وهو يعنى عندهم « العهد الجديد » وكانوا يريدون بذلك إبراز تميزهم عن العهد الأموى ثم انتشر التعبير في لغة القانون وغلب . وأغلب الظن أن هذا التأثير هو الذى دعاهم إلى الاستغناء بتعبير « الأمة » عند الكلام عن الدولة وهم في ذلك غير بعيدين عن لحقهم بعدة قرون من الغربيين الذين جعلوا — زمن ازدهار فكرة الدولة القومية — من لفظى « الدولة State » و « الأمة Nation » صنوانين يحل احدهما محل الآخر . بل انهم سبقوا من صاغوا ميثاق الأمم المتحدة الذى يفتح ديباجته باسم الأمم ويطلق المسمى على الهيئة بذاتها فلم يسمها هيئة الدول التى هي فعلاً حقيقتها — وإنما اسمها بهيئة الأمم .

والآن أرى أن أناقش تلك العناصر الثلاثة لتبين مدى قابلية النظرية الإسلامية لفكرة الدولة القائمة على هذه العناصر الثلاثة .

العنصر المادى : الإقليم :

قلت إن النظرية الإسلامية لم تهتم في باكورة تطورها بالإقليم كعنصر من

عناصر الدولة لأن الدولة الإسلامية في نظر الأوائل لا يحدّها إلا أطراف البسيطة فحيثما امطرت سحابة فإن خراجها يجب أن يكون للمسلمين . وما أشبه ذلك بنظرية المجال الحيوى التي ابتدعتها الألمان لتبرير توسعهم بيد أن المجال الإسلامى لنشر العقيدة السمحاء والمجال الألمانى لحكم الطاغوت ولذلك لم يفهم المسلمون الأوائل هجرتهم من مكة إلى الحبشة ثم إلى المدينة على أنها تغيير فى المكان وإنما فهموها على أنها تغيير فى الرابطة القبلية والاجتماعية . ولعل مازكى هذا المفهوم فى نفوسهم روح البداوة الكامنة فى نفوسهم والتي تنسم بالارتحال ولا تعرف معنى الاستقرار فى اقليم بعينه . ويقتضى الانصاف أن أذكر أن أهمية الإقليم للدولة لم تظهر فى الفقه الغربى إلا فى فترة متأخرة لأن الإقليم لم يكن عندهم هم الآخرون محدد بل كانت الدولة أشبه ماتكون بعنصر اجتماعى تنظمه سلطة سياسية أى انه كانت هناك تنظيمات سياسية دون ركيزة اقليمية ثابتة ثم تطورت الأمور إلى أن وصلت إلى ماهى عليه اليوم .

وقد اغلق باب الاجتهاد مع بدايات تفتت الدولة الإسلامية فلم يعاصر ذلك التفتت من الفقهاء التقليديين الائمة من كان يمكن أن نعتد على اجتهاده ولذلك ظل الرأى الأول على علته .

ومع ذلك فإننا لانستطيع أن نزعم أن المسلمين الأوائل قد جهلوا فكرة الأقليم كلية ، وقد ألمحت إلى الآية الكريمة التي يستفاد من عبارتها أن القرية — أى الدولة — لها اقليم . هذا فضلاً على أن الرسول ﷺ قد حدد حدوداً ليثرب (دولة المدينة) . وليس الأمر هذا فحسب بل إن عمر بن الخطاب عندما قرر ألا يبقى فى الحجاز دينين إنما كان يتكلم عن اقليم محدد — هو الحجاز — وكان يريد أن ينقى هذا الاقليم من الأديان الأخرى غير الإسلام (ولو أن لى تحفظاً على تفاصيل الواقعة) . وقد عرف الفقه الإسلامى مصطلحات ذات مدلول اقليمى مثل ثغور العدو — وهى الأراضى التي تعود للعدو ، وثغور الإسلام وهى المواقع الإسلامية المجاورة لأراضى الدول الأجنبية أو القرية من أراضى العدو ، وقد تكون ثغوراً برية وقد تكون ثغوراً بحرية ، كما عرف الضواحي

وهى المناطق التى يتركها الفريقان المتحاربان خالية من الجند والتجهيزات العسكرية . ولا يقف الأمر عند هذا الحد فحسب بل إن التنزيل الكريم يقول « يأياها الذين امنوا إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا » (التوبة / ٢٨) . فهو يتكلم عن تصور اقليمى لأن الحرم الذى منع المشركون من قرابة هو عبارة عن مساحة من الأرض لها حدودها التى يجب ألا يقربها المشركون وفى داخل هذا الرقعة من الأرض تنطبق أحكام خاصة من القانون لاتنطبق خارجها . فالحرم إذن اقل ما يوصف به أنه اقليم ادارى Administrative Region من اقليم الدولة الإسلامية . والاقليم الادارى إذا أضفيت عليه الحاكمية ينقلب إلى دويلة (فى الدول الاتحادية) أو دولة مستقلة . وهكذا فإن الإقليم الذى عرفته النظرة الإسلامية التقليدية ، إنما كان لخدمة أغراض معينة ولم يكن يومه من عناصر الدولة .

وإذن فالأمر — كما قدمت — هو أن الإقليم ليس بالفكرة الغريبة عن المفهوم الإسلامى ولا بالمدرک الذى يتنافر مع مدرک الدولة الإسلامية . وإن صح أن نعتبر الإقليم عنصراً من عناصر الدولة الإسلامية فما هى طبيعة العلاقة القانونية بين الإقليم والدولة ؟ لقد تعددت النظريات الغريبة فى الاجابة على هذا السؤال ويمكن أن اقرر بأن اكثرها قبولا اليوم أربعة :

- (١) . الإقليم محل حق عینى للدولة .
- (٢) الخاصة أى أن الإقليم عنصر من طبيعة الدولة ذاتها وجزء لا يتجزء منها .
- (٣) الحد أى أن الإقليم هو الإطار الذى تمارس الدولة سلطاتها فى داخله .
- (٤) الاختصاص أى أن الإقليم هو الرقعة التى يطبق عليها النظام القانونى للدولة .

والقول عندى أن نظرية الاختصاص هى أكثر النظريات قربا من المفهوم الإسلامى فهى تتواءم مع فلسفة النظرية الإسلامية التى تنظر إلى مزايل الدولة على أنها اختصاصات مضافة على الحاكم بضمان أداء وظائف معينة سبق أن

المحت إليها عند الكلام عن وظائف الدولة الإسلامية . كما أن مرونة فكرة الاختصاص تجعلها صالحة لأن تكيف باستمرار المراكز الإقليمية المختلفة . وأرى أن تنبئ نظرية الاختصاص بمفهوم فردروس الذى قال إن للدولة اختصاصين : اختصاص محلى واختصاص عيى وإنها تستطيع بما لها من اختصاص عيى أن تتصرف فى الإقليم والدولة لاتمارس اختصاصها فحسب بل هى كذلك مجبرة على ممارسته مادام أن امتناعها يمكن أن يؤثر على الدولة الغير ، أى أن اختصاص الدولة يتميز بخاصتى العمومية والالتزام .

بقى فى مناقشة فكرة الإقليم أن اتكلم عن كيفية كسب الإقليم . تتعدد فى النظرية الغربية أسباب كسب الإقليم وعلى الرغم من أن بعضها قد عفى عليه الزمن ألا إننا لازالنا نطالع أحكامه فيما يخطه الفقهاء الغربيون . وتجتمع تلك الأسباب فيما يلى :

١ — الاستيلاء ، وهو عبارة عن وضع اليد على إقليم لاسيد له . والاستيلاء سبب من اسباب كسب الإقليم فى النظرية الإسلامية . ويقول المؤرخون إن بعض العرب — على حياة الرسول — وصلوا إلى جزيرة نائية بسبب سوء الجو وجاءوا ليقصوا للرسول عجبا من أمرها . وقد كسب المسلمون البحار الجنوبية وآلاف الجزر فى المحيط عن طريق الاستيلاء . وفى قول الماوردى يندرج تحت هذا السبب الأرض التى يجلو عنها أصحابها خوفا — فى حرب بينهم وبين المسلمين — فتصير بالاستيلاء عليها وقفا ، وقيل بل لاتعتبر وقفا حتى يقفها الإمام لفظا ويضرب عليها خراجا .

٢ — الحقوق التاريخية ، ويستعمل هذا التعبير للتدليل على حقوق تكتسب مخالفة لاحكام القانون الدولى عن طريق ممارسة تاريخية تؤكد بها دولة ما اختصاصا هو فى الأصل غير مشروع . ولأحسب أن لذلك السبب مكانا فى النظرية الإسلامية اللهم إلا إذا قصدنا به التقادم من حيث أنه ظاهرة تعترف . بأثر الزمن على الحقوق والتصرفات القانونية . بيد أن البعض يفرق بين التقادم والحق التاريخى من حيث أن التقادم يمكن أن نعرف بدايته أما الحق التاريخى

فقد يذره أصله في خضم التاريخ . واستند في رأيي عن « إله الله » على البد مأخذت حتى تؤد به « وتوله أيضا » لا يأخذ أحدكم شئ أحبه لاعبا أو جادا ومن أخذ عصا أخيه فايردها « . إذ القاعدة الإسلامية أنه لا شئ للغاصب وليس لعرق ظالم حق . وفي رواية أن داود والدارفطلي من حديث عروة بن الزبير قال « ولقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلين اختصما إلى الرسول ﷺ غرس أحدهما نخلا في أرض الأخير فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج منها .

٣ — الاضافة ، وهو الاجراء الذي يماثل بين مكونات أرضية جديدة وبين مكونات قديمة ، وفي قول آخر هي الزيادة التدريجية التي تطرأ على الأرض أو على الشواطئ . وذلك سبب تقبله النظرية الإسلامية طبقا لاحكام اضافة الملحقات للمالك فإذا انكشف النهر عن الأرض وانتقل عنها فانها تكون ملكا للمسلمين — أى ملكا للدولة — كما كان البحر ولا يملكه من يليه من الشط ولا من دخل النهر في ملكه ، وللوالى التصرف فيه حسب المصلحة كما يرى في أملاك الدولة . ولو أن هناك رأيا لعيسى بن دينار هو أنها تكون ملكا لمن يليه . والجزر — صغيرة أو كبيرة — والأرض التي حدثت عن طمى الأنهار التي تسير فيها السفن تكون مملوكة للدولة ما لم يكن طرأ عليها تملك من الغير بوجه صحيح . وإذا كان النهر قد أنشئ على نفقة الأشغال العامة للدولة فهو ملك لها وإن كان مجرى كبيرا كذلك (راجع سيد عبد الله حسين — المقارنات التشريعية — القاهرة ١٩٤٧ ، ج ٢ ، ص ٤٠ ، ٤٦) .

٤ — الضم ، وهي طريقة لكسب السيادة على الإقليم في حالتين : (١) إذا احتل الإقليم أو اخضع بواسطة الدولة الضامة . (٢) إذا كان الإقليم المضموم في حالة خضوع واقعى للدولة وقت أن تعلن الدولة الضامة هذا الضم . ويتدخل هذا السبب في أحكام النظرية الإسلامية المتعلقة بملكية الأراضي في البلاد المفتوحة . والذي يجوز ضمه — على خلاف بين الفقهاء — هي الأراضي التي فتحها المسلمون عنوة « فالبعض يرى أنها بالفتح قد أصبحت

غنيمة فتكون ملكاً لبيت المال ، بينما يرى آخرون أنها تظل مملوكة لأصحابها الأصليين من أهل البلاد المفتوحة على ما كانت عليه قبل الفتح مع فرض الخراج عليها ، (راجع محمد عبد الجواد محمد — ملكية الأراضي في الإسلام ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ٧٩) . وكان على بن ابي طالب ممن يرون أن تجعل الأرض فيما موقوفاً على المسلمين ماتناسلوا .

٥ — التنازل ، أى نقل الإقليم من سيادة إلى أخرى بطريقة سلمية ، وصورة هذا في النظرية الإسلامية هي أراضي البلاد التي عقد بينها وبين المسلمين صلح إذ أن عقد الصلح هو الذي يحدد ملكية الأراضي . وقد كان الصلح يتم بين المسلمين وأهل هذه البلاد على صورتين فيما يختص بملكية الأراضي : الصورة الأولى : التنازل عن ملكية رقبة الأرض للمسلمين ، والانتفاع بها في مقابل دفع الخراج عنها — والصورة الثانية الصلح على أن تبقى ملكية الأرض لأصحابها ، (محمد عبد الجواد — المرجع السابق ، ص ٧٨ ، ٧٩) .

٣ — العنصر القانوني (السلطة) : سيادة أم حاكمية ؟

وتعرف النظرية الإسلامية في — وصف السلطة — تعبيرين هما : الملك ، السيادة — والحق أن العرب في جاهليتهم كانت طيبتهم البدوية وتنظيم القبائل يتألى على الاقرار بالملك لنفورهم . من تقبل التسلط عليهم ولذا كانوا يطلقون لقب الملك على الحكام الأجانب ولم يفز بهذا اللقب في تاريخ العرب الجاهلي سوى ملوك كنده (في وسط الجزيرة) . ومن هنا فرق ابن خلدون بين رئاسة القبيلة والملك بقوله : إن العرب لا يحصل لهم الملك إلا بصيغة دينية من نبوة أو ولاية أو اثر عظيم من الدين على الجملة والسبب في ذلك أنهم اصعب الأمم انقياداً . لبعضهم البعض . للغلبة وبعد الهمة والمنافسة في الرئاسة فقلما تجتمع أهواؤهم : فإذا كان الدين بالنبوة أو الولاية كان الوازع لهم من انفسهم وذهب خلق الكبر والمنافسة فسهل انقيادهم واجتماعهم » .

وقد احتار الفقه في تدریف السيادة وشطت به الآراء ولعل مرجع تلك الخيرة وذلك الشطط هو عدم وضوح الرؤية أمام الفقهاء ، ذلك أن جمهور الفقهاء يخلط في دراسة مدرك السيادة بين المفهوم السياسى والمفهوم القانونى على نحو ينتهى برأى لا هو إلى هذا ولا هو إلى ذاك . ولذا فإن نقطة البداية عندى هى أن افرق بين المفهومين وأضع تعريفا لكل منهما على حده .

إن السيادة بمعناها السياسى تستمد علاماتها من المفهوم الإقطاعى حيث كان السيد يملك الأرض ومن عليها . ولذا فإن السيادة — فى الدراسة السياسية — هى السلطة العليا للدولة فى الداخل واستقلالها عن غيرها فى الخارج .

أما السيادة فى مفهومها القانونى فهى كلية من الاختصاصات — أو الحقوق — تحول الدولة — فى حدود القانون — أهلية ممارسة كافة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية دون تدخل أجنبى . ومن ثم فإن السيادة سياسيا عبارة عن اطلاقية أما قانونيا فهى عدل للاهلية ، ولذا فإن السيادة تعز سياسيا عن أن تقيد ولكنها تستجيب قانونيا للقيود الرضائية والعرفية .

فما هو قول النظرية الإسلامية فى ذلك ؟ إن التعرف على جواب هذا السؤال يتطلب أولا التعرف على معنى السيادة . ويطلق السيد لغة على الرب والمالك والشريف الفاضل والكریم والحليم . وقد استخدم القرآن الكريم السيادة فى بعض هذه المعانى . من ذلك قوله تعالى « وألفيا سيدها لدى الباب » (يوسف / ٢٥) ، أى ربها وصاحب الحق عليها . وقوله عز وجل عن يحيى بن زكريا « سيدا وحصورا » (آل عمران / ٢٩) ، وصفا لشرفه وفضله . وقد روى فى الأثر أن الرسول ﷺ قال للأوس — عندما دخل عليهم سعد بن معاذ للتحكيم فى بنى قريظة — قوموا لسيدكم ، يعنى شريفكم مثل السؤدد فشهد ببراء اللغة العربية فى مثل هذه المصطلحات . ومن ثم فإن المعنى اللغوى للسيادة يسمح بأن يستخدم المصطلح فى مفهوميه — السياسى والقانونى .

فاذا أخذت الجانب السياسى نجد أن السيادة — بمعنى العلوية المطلقة —
 هي لله تعالى وحده «وهو القاهر فوق عباده» (الانعام / ١٨) «وما كان لمؤمن
 ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن تكون لهم الخيرة من أمرهم»
 (الاحزاب / ٣٦) . « ولا يخاف عقباها » (الشمس / ١٥) ، « لا يسأل
 عما يفعل وهم يسألون » (الأنبياء / ٢٣) ، « سبحانه هو الله الواحد
 القهار » (الزمر / ٤) .

وفى ذلك يقول ﷺ لاطاعة لخلق في معصية الخالق . ومن ثم فإن النظرية
 الإسلامية تجعل السيادة السياسية لله بلا شريك . وهذا يقابل الأمر أو الحاكم أو
 الاقطاعى أو السيد فى النظرية الغربية التقليدية ، والدولة أو الأمة فى بعض
 الآراء الحديثة .

وصفة هذه السيادة فى علاقة السيد الأعلى بالأشخاص هي الملك والتفرد
 المطلق « هو الملك الحق » (طه / ١١٤) « هو الله الذى لا إله إلا هو الملك
 القدوس » (الحشر / ٢٣) . « ولم يكن له شريك فى الملك » (الفرقان /
 ٢) — بيد أن هذا التفرد فى الملك يتعلق بالملك فى الدارين : الدنيا والآخرة .
 وقد شئت ارادة العلى الكريم أن يضيف بعض هذا الملك — ولكن فى جانبه
 الزمنى. — على نفر من عباده . فهذا داود يخاطبه ربه بقوله « ياداوود إنا جعلناك
 خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق » (ص / ٢٦) ، وهذا فرعون
 يوسف يطلق عليه الكتاب الكريم لقب الملك « قال الملك اتئوى به استخلصه
 لنفسى » (يوسف / ٥٤) ، والملك الزمنى ملك اقليمى اى ينصب على إقليم
 معين ولذا ينقل القرآن الكريم عن فرعون موسى قوله « أليس ملك مصر وهذه
 الأنهار تجري من تحتى » (الزخرف / ٥) كما يحكى عن سليمان أنه سأل ربه
 أن يهب له ملكا لا ينبغي لأحد من بعده . وخصيصة الملك الزمنى هي الحكم
 ولذا فإن سلطة صاحب الملك تسمى « حاكمية » ، والحاكمية بهذا المعنى
 تقابل السيادة الداخلية فى المقوم المعاصر . ولذا يقول فقهاء المسلمين إن سلطان
 الإمام من سلطان جماعة المسلمين (المبسوط للسرخسى ، ١٠ ، ص ٩٣) ،

ومن ثم فإن السيادة السياسية في النظرية الإسلامية إنما ينفرد بها المولى عز وجل وخصيصة الملك في الدارين : الدنيا والآخرة ، بيد أن الملك الأخرى خالصة لله تعالى ، أما ملك الدنيا فقد أشرك فيه بعض عباده . والعباد الملوك يمارسون ملكهم هذا بسلطة الحاكمية . أما إذا ناقشت السيادة من جانبها القانوني — بمعنى الأهلية — فإن السيادة تكون خصيصة من خصائص الدولة وصفة جوهرية من صفاتها من حيث أن الدولة شخص من أشخاص القانون والشخصية القانونية في النظرية الإسلامية — سواء كانت داخلية أم دولية — هي عدل الأهلية . بيد أن مقومات هذه الأهلية وحدود ممارستها إنما يرجع فيها إلى أحكام القرآن وصحيح الحديث . ولعل أهم قيد عام على تلك الأهلية هو التشريع ، ذلك أن النظرية الإسلامية تقر بأن السلطة — فيما عدا التشريع — قد فوضت للأمة ، فالدولة ورئيسها كلاهما أداة لتنفيذ القانون الإلهي فإن فشلت الدولة في ذلك خانت أمانتها وحادت عن الطريق القويم ، وإذا انتهك الحاكم القانون سقط عن الناس — عند بعض الفقهاء — قيد البيعة له .

وإذن فالسيادة السياسية في النظرية الإسلامية هي لله تعالى ومظهرها الديني ملك زمني يشترك فيه التشريع الخالق عن طريق حاكمية عادلة .

أما السيادة القانونية فأهلية تتوفر للدولة وتمارس طبقاً لما رسمته الحنفية السمحاء من حدود وعلامات . وعلى هذا استطاع أن أقول إن الركن القانوني للدولة في قانون السلام الإسلامي هي السيادة القانونية أي الشخصية القانونية ، ولعل الخلاف الجوهرى بين الشخصية القانونية للدولة في النظرية الإسلامية والشخصية القانونية للدولة في النظرية المعاصرة هو أن اختصاص الدولة بالتشريع في النظرية الإسلامية إنما يمارس عن طريق الاجتهاد السلطاني وليس عن طريق ابتداع القواعد القانونية في حين أن اختصاص الدولة بالتشريع في النظرية المعاصرة يكاد يكون مطلقاً فهي تستطيع أن تبرم مائتاً من معاهدات وأن ترسي ما يحلو لها من قواعد . ذلك أن فكرة النظام العام في النظرية الإسلامية ذات سمة إلهية أما فكرة النظام العام في القانون المعاصر فهي

ذات سمة اتفاقية . وهذا يتسق مع ما قدمت من أن جوهر القاعدة القانونية الإسلامية في المبادئ العامة هو أصلاً قانون طبيعي خاص أما جوهر القاعدة القانونية المعاصرة فهو مزيج غير متميز من القانون الطبيعي (بمفاهيمه المختلفة) والقانون الوضعي بتصوراته المتعددة .

وبناء على أن مدرك السيادة القانونية عديل للأهلية فإن أغلب الظن أن النظرية الإسلامية لاتقر للدولة ولا لرئيسها بحصانة عن تصرفاتها في دولة أخرى . وأستطيع أن أسوق هنا سابقة جيلة حاكم غسان إذ آلم بدويا فطلب إليه عمرو أن يسترضيه ولم يقر له بحكم منصبه — بتميز على غيره في الخضوع للقانون . ولعل مرجع ذلك هو أن النظرية الإسلامية لاتقر لعلمائها المسلمين بعلوية فوق القانون فهم يخضعون للقانون كما يخضع غيرهم والقاعدة الأصولية تقرر أن الإمام لا يكون قاضى نفسه . ولكن سابقة جيلة خاصة بمركز الحاكم المسلم في إقليم دولة اسلامية أخرى لأن جيلة فعل مافعل وهو مسلم . أما مركز الحاكم غير المسلم في إقليم دولة اسلامية فالحكم فيه — في رأى — هو المعاملة بالمثل أو ما تنص عليه المعاهدات المبرمة بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية ، ولى في عهد الجديية سابقة استند عليها إذ نص على أن من يقدم من المشركين إلى المدينة يعاد إلى مكة ومن يذهب من المسلمين إلى المدينة لاجبوز طلب تسليمه . فإذا كانت النظرية الإسلامية تحتل مثل هذا الحكم فإنها تتقبل من باب أول فكرة المعاملة بالمثل أو أن يجرى الاتفاق على النحو الذى تقتضيه مصلحة الدولة الإسلامية .

ولأ أحسب أن هناك صعوبة في أن نلاحظ أن الخط الفاصل بين السياسة والقانون في مدلول السيادة خط رفيع يكاد لايبين لأن السيد الأعلى هو المولى عز وجل والمشرع بالأوحد هو الله سبحانه وتعالى ففى الذات الإلهية تختلط الاعتبارات السياسية والاعتبارات القانونية في الدراسات النظرية ، فلا غرو أن تكون الدولة كوحدة سياسية والدولة كوحدة قانونية وجهين لعملة واحدة ومنظورين لفكرة سائبة .

وقد اختلف الفقهاء المسلمون المحدثون حول مدرك « السيادة » فمنهم من أنكره أصلاً ومنهم من أقره وهم في خلافهم يصدر عن المفهوم السياسي أى يعالجون السيادة بمعنى السلطة العليا التى لسلطان فوقها . ثم إن مقالوه فى هذا الخصوص أدخل فى الدراسات الدستورية للسيادة ، ويناقش عادة ضمن موضوعات مايسميه الفقه الإسلامى « السياسة الشرعية » . ولذا فأتى أعرض له بإيجاز كتمهيد لمناقشة مدرك « السيادة » فى إطاره الدولى .

يقول الذى ينكر مدرك « السيادة » « إن مسألة البحث فىمن هو صاحب السيادة (أو مصدر السلطات على حد تعبيرهم) فى الدولة الإسلامية تعد مسألة لم يكن يصح وضعها أى لم يكن ثمة مايبرر إثارتها أو التعرض لها فلم يكن جائزاً فيما يعتقد البحث فىمن هو صاحب السيادة فى الدولة الإسلامية هل هو الله أو الأمة وهل يستمد الخليفة (أو السلطان) سلطته من الله أو الأمة ؟ ولقد أعرض علماء المسلمين القدامى بحق عن هذا البحث وكذلك كان شأن بعض كبار العلماء فى العصر الحديث (كالأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده) . والواقع أن مسألة البحث فىمن هو صاحب السيادة — والقول هنا لازال للمنكرين — موضوع نظرية من النظريات لها مغزى معين وخصائص معينة تنسب إليها ونتائج مغنية مترتبة عليها وهى نظرية فرنسية قديمة الأصل وهى لم تكن عرفت بعد فى عصر كبار أهل رأى ولا فيما تلاه من عصور علماء المسلمين المجتهدين القدامى » (عبد الحميد متولى — مبادئ نظام الحكم فى الإسلام ، الاسكندرية سنة ١٩٧٨ ، ص ١٧٠ — ١٧١) . ويضيف الفقيه صاحب رأى بأنه لاجابة لنظرية السيادة وبخاصة سيادة الأمة فى العصر الحديث وأن هناك مساوئ تترتب على إثارة بعض علماء المسلمين لمشكلة السيادة « وإن اتارتها من قبل علماء المسلمين أدت بهم إلى ابداء آراء وإلى أن ينسبوا إلى بعض الخلفاء أو الفقهاء الآخرين آراء أو اتجاهات تسيء إلى الإسلام من حيث لا يعلمون ومن حيث لا يريدون بل ويؤكد أن مناقشة مدرك « السيادة » يزود خصوص الإسلام بسلاح لمهاجمته وأن رأى عنده « أنه إذا أريد إثارة هذه المشكلة فليكن لها المغزى السلبى الذى عرفت به نظرية السيادة

بوجه عام (ونظرية سيادة الأمة بوجه خاص) لدى نشأتها في بداية العهد بها كما قدمنا فنقول إن الدولة الإسلامية في الإسلام لاسيادة فيها على الأمة لفرد أو لطائفة أو لطبقة ، ومثل هذا التعميم السلبي عن مبدأ سيادة الأمة يحقق لنا المزايا التي تنسب إليه ويجنبنا ماسبق بيانه عن المساوىء التي تؤخذ عليه (عبد الحميد متولى — المرجع السابق ، ص ١٧٥ ، ١٩٣) .

ويبدو أن منطلق الفقيه في مناقشة مدرك « السيادة » هو مناقشة مدى تقبل النظرية الإسلامية للمفاهيم الغربية في السيادة وأن أكثر ما أزعجه من بين تلك المفاهيم هو مدرك « سيادة الأمة » . ولكن بحثي في السيادة — كما هو على مدى أبحاث هذا السفر — لا يقتصر على طرح الأفكار الغربية على المحك الإسلامي فحسب وإنما السعي أيضا إلى تفهم الحكم الإسلامي المقابل وهل ينفي الفكرة أساسا دون أن يقدم لها بديلا أم أن هناك بديل إسلامي يمكن أن يناقش تحت المصطلح ذاته . ومن ثم فإن مدرك السيادة إنما يسعى إلى تفسير أصل السلطة وهو موضوع يمكن أن يجد له مكانا في الدراسات الإسلامية بل وتعرض له الفقهاء القدامى وإن كانوا قد استخدموا تعبيرات أخرى غير هذا التعبير . ومن أشهر من تعرض لهذا الموضوع ابن خلدون ولذا فإن الكثيرين يشبهونه بمعاصره ماكيا فيلي في التساؤل عن مصدر السلطات ووظيفتها ، ومن ثم فإن كون المصطلح من ابتداء الفقه الفرنسي لا يمنع — في الدراسات الدولية — من أن يكون الموضوع من حيث أصله وفلسفته — محل نقاش الفقهاء المسلمين لأن تحديد أصل السلطة هو من الأمور الجوهرية في دراسة النظرية الإسلامية . وانهاء الفقيه إلى نبذ فكرة سيادة الأمة لا يعني أن نطرح هنا فكرة تحديد أصل السلطة في النظرية الإسلامية سواء جرى ذلك تحت مسمى « السيادة » أم غيره من المسميات .

قد يكون مصطلح السيادة الذي اختاره الفقهاء العرب مقابلا للفظ الفرنسية Souveraineté هو ترجمة لمصطلح فرنسي وتبعاً فإن نظرية السيادة نظرية فرنسية في معناها ولكنها ليست فرنسية في مبنائها ، فقد عرفت الجماعات

والدول فكرة السيادة بمسمى أو آخر على مر الأجيال والعصور . وفي القرآن الكريم دلائل ذلك .

فآية تقول « وإذا أردنا أن نهلك قرية أمرنا مترفيها ففسقوا فيها » (الاسراء / ١٦) . ومن ثم فإن الفسق هنا هو فسق الأمراء والأمير في عصر نزول القرآن — العصر الوسيط — كان يعتبر أنه مالك للدولة بما له من سيادة عليها . وهذه قصة فرعون تدل على أن فكرة السيادة المطلقة كانت معروفة لدى المصريين القدماء . فهو يقول « أليس لي ملك مصر » والملك هنا هو السيادة . ويشرح القرآن الكريم مفهوم ذلك الملك — أو تلك السيادة — بأنه العلو « إن فرعون علا في الأرض وجعل أهلها شيعا » (القصص / ٤) . بل هو تأله فوق الجميع « وقال فرعون يأيها الملائم اعلمت لكم من إله غيري » (القصص / ٣٨) ، وسلطة مطلقة « قال فرعون ما أريكم إلا ما أرى » (غافر / ٢٩) ، والفرعون هو مصدر السلطات كلها « وقالوا بعزة فرعون إنا لنحن الغالبون » (الشعراء / ٤٤) . إن كل هذه التفاصيل هي ما يقال عند شرح مدرك السيادة المطلقة التي لاتعلوها سلطة . وليس عدم استخدام مصطلح السيادة بمرر للقول بأن النظرية كانت بدعا فرنسية . ومع كل فإن العرب قد عرفوا هذه النظرية بمسميات مقاربة مثل السؤدد ، فلو أن من ترجم التعبير الفرنسي في البداية كان قد عربه فاستخدم اللفظ العربي الذي استخدمته العرب منذ عهد الجاهلية لما كان هناك مجال لقصر نظرية السيادة على الفكر الفرنسي وحده .

أما الذين يقرون مدرك « السيادة » فقد تبانت آراؤهم في تفسير مصدر السيادة :

١ — فهناك فريق يرى أن الأمة هي مصدر السيادة ، وسنده في ذلك أن الأمة هي صاحبة الحق في توجيه الحاكم ونضحه ومساءلته ومن ثم فهي الأصيل ورئيس الدولة نائبها والمنطق يقضى بأن يكون مصدر السيادة هو الأصيل وليس الوكيل (عبد الوهاب خلاف — السياسة

الشرعية ، ص ٢٨) . ولهذا الرأي أصالته غير أنه يقصر بمفاهيمه دون حل بعض المشكلات العملية وأهمها تكييف طبيعة السلطة العامة في الدولة ..

٢ — وهناك فريق آخر يرى أن الله وحده هو مصدر السيادة لأنه هو الحاكم الحقيقي فليس في الدولة الإسلامية سلطة إلا سلطة الله عز وجل باعتبار أن سلطة الأمر والحكم والتشريع كلها مختصة به وحده . وقد انعاز مؤتمر العلماء الإسلامى الذى عقد فى كراتشى سنة ١٩٧٠ إلى هذا الرأى إذ تنص المادة الأولى من المشروع الذى اقترحه عن المبادئ الأساسية للدولة الإسلامية على مايلى : أن الحاكم الحقيقى — من حيث التشريع والتكوين — هو الله رب العالمين « (فؤاد محمد النادى — مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون فى الفقه الإسلامى — القاهرة ١٩٧٣ / ١٩٧٤ م ، ١٣٩٣ / ١٣٩٤ هـ ، ص ٤٠ — ٤١) .

٣ — وهناك فريق ثالث لا يستبعد السيادة الشعبية كلية وإنما يجمع بينها وبين السيادة الإلهية ويبنى هذا الفريق نظريته على أساس التفرقة بين النص القطعى والنص الغامض أو الفاقد فإذا كان النص قطعياً كانت السيادة لله أما فى حالة النص الغامض أو عند عدم وجود نص يحكم القضية فإن السيادة تكون شعبية ، وفى قول آخر فإن اصحاب هذا الاتجاه يقرون لأفراد الأمة بسيادة شعبية محدودة ولذا فإنهم يعتبرون أن كل فرد من الأمة بمثابة خليفة عن الله فى ذاته . وينتصر الفقيه الباكستانى المعروف أبوالأعلى المودودى لهذا الرأى . وللرأى وجاهته لولا أنه أفرط فأضفى بعضاً من السيادة على كل فرد من أفراد الأمة . وتفتيت السيادة على هذا النحو لا يؤمن معه الإبقاء على وحدة الدولة والبعدها عن الفوضى .

٤ — وتذهب مدرسة رابعة إلى أن ارادة الله العليا هى وحدها مصدر السيادة لا يشاركها أحد لأن السيادة لا تتجزأ ويرفض إشراك أفراد الأمة فرادى مع الله فى بعض مظاهر السيادة لأن السيادة لا تكون إلا فى حق

الغائب ، أما في حق الحاضر وهو الله فأمر لا يسلم به الفقهاء . ومن ثم فإن ممارسة السلطة فحسب هي التي يقوم عليها المحكومون ، بيد أن هذا ليس حقا لفرد معين أو لطائفة معينة وليس هذا سيادة بل هو ممارسة لواجب كفائي يقع على الأمة بأسرها لأن النظرية الإسلامية تفرض وجوب قيام سلطة عامة لصالح المسلمين وعندئذ يمكن أن نقول إن الإمام وكيل عن الأمة في ممارسة هذه السلطات (فؤاد محمد النادى — المرجع السابق ، ص ٥٢ — ٥٧) .

وقد تناول استاذنا الدكتور حامد سلطان مدرك السيادة بمفهومه الدولي — فربط بين السيادة والتنظيم الدولي ولذا يناقش التنظيم الدولي الإسلامى وتطور فكرة انقسام العالم إلى دار إسلام ودار حرب تحت عنوان « السيادة في الشريعة الإسلامية » . ويقرر أن علاقات الدولة الإسلامية بغيرها من الدول هو المظهر الخارجى لمبدأ السيادة في التنظيم الدولي ويرى أن العلاقة بين دار الإسلام ودار الحرب تقوم على الأمان وأن الأمان نوعان : أمان مؤقت وأمان دائم وأن المؤقت نوعان : أمان خاص وأمان عام .

أما الأمان المؤقت الخاص فهو ما يذله المسلم في مقابلة لواحد أو لجمع محصورين وأما الأمان المؤقت الدائم فهو ما يذلل لغير المسلمين وهو حق لا يملكه إلا الإمام . وفي حكم هذا الأمان المؤقت العام المهادنة .

أما الأمان الدائم فهو ما يثبت بعقد الذمة ويتولى هذا العقد من قبل المسلمين الإمام أو نائبه وهو إنما يصح على أهل الكتاب ومشركى غير العرب . ويعلن بأن الأمان الدائم أو المؤبد يدخل في نطاق القانون العام الداخلى ولا شأن له بعلاقة الدولة الإسلامية بالدول الأخرى غير الإسلامية (حامد سلطان — أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ، القاهرة ١٩٧٠ ، ص ١٠٧ — ١١٢) .

ولكنى اتجه في هذا البحث إلى مناقشة مدرك « السيادة » في قانون السلام الإسلامى منفصلا عن التنظيم الدولي الإسلامى من حيث أن الدراسات

المعاصرة تفرق الآن بين القانون الدولى والتنظيم الدولى وهى تفرقة اعتمدتها في تحديد إطار هذه الدراسة منذ البداية ولذا وجهت جل اهتمامى إلى أحكام القانون الدولى الإسلامى فحسب وتركت التنظيم الدولى الإسلامى لدراسة لاحقة وللدراسات التى قام بها بعض الفقهاء المحدثين .

أعود إلى ما قدمت وهو أننى اناقش السيادة هنا بمفهومها القانونى . وهنا ألاحظ كما أسلفت أن القرآن الكريم قد ذكر السيادة على أنها لله تعالى . ولكن شاءت حكمة الله أن يفوض في بعض هذا الملك أثناء الحياة الدنيا « والله يؤتى ملكه من يشاء » (البقرة / ٢٤٧) . وأن ينفرد بالملك وحده في الآخرة « لمن الملك اليوم للواحد القهار » (غافر / ١٦) .

إن الشطر من الملك الدنيوى الذى يؤتیه الملك من يشاء هو استخلاف زمنى بمعنى ملك البشر على البشر ملك زمنى مشتق من الارادة العليا . والخلافة واضحة في قوله تعالى « يادادود إنا جعلناك خليفة في الأرض » (ص / ٢٦) ، واقتصار ملك البشر على الدنيا تؤكدده في كل مرة ينسب فيها الملك لبشر ، وقد قدمت أدلة عن ذلك في الآيات التى تتحدث عن فرعون ويوسف وسليمان ، وعلى هذا يمكن أن نصف حكم الرسول لدولة المدينة بأنه صورة خاصة من الملك لأن رئاسته لها قد زيد عليها بنبوته فأصبحت — على حسب تعريف ابن خلدون ملكاً . وقد انتقلت السلطة بوفاة الرسول بغير استخلاف إلى الأمة فاختارت الأمة ممثلة في أهل الحل والعقد أبا بكر خليفة للرسول . ويستبطن البعض من هذه السابقة قاعدة تقول إن من تختاره الأمة يختاره الله .

وفي قول آخر فإنهم اعتبروا — كما ذكرت آنفاً — أن السلطة — فيما عدا التشريع — قد فوضت للأمة أو للدولة أما السلطة العليا والقدرة القاهرة فهى لله . وهذا مؤداه أن السلطة الزمنية إذ تستمد مقوماتها من العلى القدير إنما تخضع لشرافه المباشر فرئيس الدولة والدولة كلاهما أداة لتنفيذ القانون الإلهى على الناس فإن فشلت الدولة في تطبيق القانون خانت الغاية المرجوة منها وأن انتهك الحاكم القانون أسقط عن الناس عبد بعض الفقهاء قيد البيعة له كما أسلفت .

وإذن فالسيادة بمعناها السياسى هى دائما لله لأنه هو الإرادة التى لاتعلوها إرادة وهو القاهر فوق عباده . أما السيادة بمعناها القانونى فتختلف فى المجال الداخلى عنها على الصعيد الدولى .

إن مظهر الملك الداخلى هى الحاكمية « فاحكم بين الناس بالحق » أى هى سلطان يمارس بالعدل . ومن ثم فإن السيادة الداخلية . التى تتمتع بها الدولة على رعاياها — أو التى يمارسها الإمام على الناس هى حاكمية فى شئون الدنيا فحسب أما شئون الدين فهى حارسة عليها أمينة على مراعاتها واحترامها . وهكذا تختلف السيادة السياسية فى النظرية الإسلامية عنها فى النظرية الوضعية من حيث :

- (١) أن النظرية الإسلامية تفرق بين السيادة والحاكمية فالسيادة لله والحاكمية للبشر أما النظرية الغربية فتجعل السيادة للدولة وحدها .
- (٢) صاحب السيادة فى النظرية الغربية — على مايقول به الجمهور — هى الدولة كشخص معنوى أما صاحبها فى النظرية الإسلامية فهى الذات الإلهية .

بيد أن من أصحاب النظرية الوضعية قلة من لاهوتين أخضعوا إرادة الأمير لإرادة الله ، وقد ولى زمان هؤلاء لاسيما بعد أن فصلت الدولة الغربية الدين عن الدولة وأصبح الاجماع الآن على أن ارادة الدولة لاتعلوها أرادة أخرى .

أما على الصعيد الدولى فإن الدولة هى التى تمارس العلاقات الدولية وهى التى تكتسب الحقوق وتلتزم بالواجبات ومن ثم فإن الدولة تتمتع بأهلية التصرف والادارة فى المجال الدولى .

ولما كانت الدولة شخصا معنويا — أى حيلة من حيل القانون — فإن الشخصية التى تتمتع بها هى من خلق البشر وتبعاً فإنها تمارس أهلية ابتدعها البشر وهى أهلية تجعلها صالحة لكسب كافة الحقوق الدولية والالتزام بكافة الواجبات الدولية . وهى أهلية تمارس حيل غيرها من الدول على قدم المساواة

دون الخضوع لسلطة زمنية مركرية . ولما كانت السيادة هي المصطلح الذى أطلقه على الأهلية الدولية الكاملة فإننى أقول إن الدولة تتمتع بسيادة قانونية . بيد أنها سيادة مشتقة من سيادة أصيلة فالسيادة الأصلية هي سيادة المولى عز وجل . وبدهى أن تهيمن السيادة الأصلية على تصرفات السيادة المشتقة عن طريق البشر من عباد الله لأن قهره تعالى إنما هو فوق عبادته من الأشخاص الطبيعيين . ومن ثم فإن السيادة المباشرة أو المشتقة فى العلاقات الدولية تكون للدولة أما السيادة غير المباشرة أو الأصلية فهي لله عز وجل . وإذن فالنظرية الإسلامية تتر للمدولة بأهلية قانونية ولكنها تحكم تلك الأهلية بأحكام الشرع المبين .

وهكذا فإن سيادة الدولة فى الداخل حاكمية وفى الخارج سيادة مشتقة ذلك أن الدولة تملك فى الداخل حكما على رعاياها أى الذين لها عليهم حق الطاعة والولاء أما فى الخارج فإن الدولة تمارس أهليتها — أى سيادتها — حيال قرينات تتعامل معها على قدم المساواة وليس لدولة أهلية تحكم أهلية غيرها من الدول وإنما الذى يحكم الأهلية هو قانون الله وأرادته العليا .

٣ — العنصر الاجتماعى (الشعب) :

قد يكون من الطلى أن نبدأ بكلمة عن طبيعة المجتمع الذى يبعث فيه رسول ، وقد يكون من الطلى أيضا أن نذكر منذ البداية أن مدرك المجتمع كان بعيداً عن اذهان العرب الذين بعث الرسول فيهم اللهم إلا التنظيم القبلى . والقبيلة كانت جماعة من الناس ينحدرون من سلف واحد وجد مشترك . وقد عرف العرب فى مرحلة من تاريخهم صورة القبيلة الأموية حيث كانت العصية تنسب إلى الأم ، وإلى الأم ينسب عرب الأوس والخزرج الذين كانوا يسمون — قبل أن يصبحوا أنصاراً — ببنى قيلة وهى الجدة السلف . ويستخدم العرب عدة ألفاظ لتسمية الجماعات التى ترتبط برابطة القرى ولعل أكثرها استخداماً فى القرآن هى لفظة « القوم » وكان العرب يسيرون إلى تلك الرابطة بنسبة القوم إلى أصلهم فيقال « بنو فلان » . ولكل قبيلة أو بطن من

القبيلة سيد ولعله كان هو الأفضل خلافاً من بين افراد القبيلة ، وللسيد سلطات فهو مثلاً الذي يقرر متى تنتقل القبيلة من مرعى إلى مرعى وإن كان الغالب هو أنه سيد بين قرناء primusinter pares .

وقد تمتد الرابطة القبلية إلى اناس لا تجمعهم بأفراد القبيلة رابطة القرى : هؤلاء قد يكونون أحلافاً أو مجاورين (أى جوار حماية) أو موالاة . وقد يقوم الحلف بين القبائل . وهكذا فإن رابطة الدم — أو ما يعد في حكمها — كانت أساس القبيلة ولم تكن العقيدة هي أساس تلك الرابطة — ولذا فإن الآيات الترانئية الأولى كانت تتكلم عن أن الرسول مرسل إلى قوم ، ولقد فتنا قبلهم قوم فرعون وجاءهم رسول كريم (الدخان / ١٧) . « قال يا قوم إني لكم نذير مبين » (نوح / ٢) « قال رب إني دعوت قومي لبلا ونهارا » (نوح / ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢) .

فلما أنكر القوم محمدا اتجه القرآن إلى استخدام مصطلح آخر كسمى لجماعة الرسول ذلك هو « الأمة » و « الأمة » كلمة عبرية تعنى « القوم » أو « القبيلة » ولذا قد يصعب على المفسر أن يجد خلافاً في المعنى بين لفظي « قوم » و « أمة » . وإنما جاء المسمى الجديد ليميز قوم العقيدة الجديدة من الجاهلية ، ولكل أمة رسول فإذا جاء رسولهم قضى بينهم بالقسط وهم لا يظلمون . « قل لا أملك لنفسي ضراً ولا نفعاً إلا ما شاء الله لكل أمة أجل إذا جاء أجلهم لا يستأخرون ساعة ولا يستقدمون » (النحل / ٣٦) . « إنا أرسلناك بالحق بشيراً ونذيراً وإن من أمة إلا خلا فيها نذير » (فاطر / ٢٤) . إن ربط الرسالة بالأمة في هذه الآيات لابد أن يعنى أن للأمة دوراً في تبليغ الرسالة ولذا فإن الأمة لا تتشكل من المؤمنين فحسب بل إن في كل مجتمع فريقاً لا يؤمنون ، ويوم نحشر من كل أمة فوجاً من يكذب بآياتنا فهم يوزعون » (النمل / ٨٣) .

ويتكلم القرآن الكريم عن يوم القيامة فيذكر أن كل أمة ستلقى حساباً وتنال جزاءها « وترى كل أمة جاثية كل أمة تدعى إلى كتابها اليوم تجزون ما كنتم تعلمون » (الجاثية / ٢٨) ، « ويوم نبعث من كل أمة شهيداً ثم

لا يؤذن للذين كفروا ولا هم يستعتبون « (النحل / ٨٤) . « ونزعنا من كل أمة شهيدا فقلنا هاتوا برهانكم فعلموا أن الحق لله وضل عنهم ما كانوا يفترون « (القصص / ٧٥) . كلما دخلت أمة لعنتها أختها حتى إذا أدركوا فيها جميعا فقالت أخراهم لأولاهم ربنا هؤلاء أضلونا فإنيهم عذابا ضعفا من النار قال لكل ضعف ولكن لا تعلمون « (الاعراف / ٣٨) .

وقد نلاحظ في الآيات الكريمة أنها استخدمت مصطلح « الأمة » في عدة معان متغايرة ولكنها في مجموعها تشير إلى مجموعة فنية ولغوية ودينية تستهدف التحرر من قيود دنيوية ولذا سميت الأمة الإسلامية بالأمة الوسط كما وصف المسلمون — شريطة اطاعة الله — بأنهم خير أمة أخرجت للناس .

إن هذا التركيز في الحكم على الجماعة متميزا من الحكم على الفرد يدفع البعض — بالإضافة إلى ما قدمت — إلى القول بأن رابطة الأمة كانت رابطة طبيعية أكثر منها دينية .

يبد أننا إذا رجعنا إلى دستور المدينة نجد أن السمة الدينية كانت هي الخلفية الأساسية التي نظمت بها الأمة الإسلامية ولذا فإن أولئك الذين رغبوا في الإسلام ولم يكونوا من أفراد إحدى قبائل المدينة إنما كانوا يلحقون بالرسول وأصحابه من المهاجرين أو بأحدى القبائل الأخرى . وتبعاً فقد اعتبر اليهود في صحيفة المدينة — وهم أهل الكتاب — أنهم أمة . والحق أن القرآن يطلق تعبير « الأمة » على أهل الكتاب أحيانا « ومن أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون » (آل عمران / ١١٣) . ولذا فهناك من يقول إن تعبير « أمة » يطلق على كل مجموعة ذات عقيدة مشتركة . ولعل هذا هو الغالب على المفهوم السياسي العام المعاصر لمدرك الأمة . فلما استقرت الأمور للرسول ظهر تعبير جديد لوصف شعب الدولة الإسلامية ألا وهو « الجماعة » أو « جماعة المسلمين » أو « حزب الله » . وقد وردت لفظة « الجماعة » في المعاهدات التي أبرمها الرسول في أواخر حياته ، أما اصطلاح « حزب الله » فقد استخدمه القرآن الكريم « رضى الله عنهم » . عزه أولئك حزب الله ألا

إن حزب الله هم المفلحون » (المجادلة / ٢٢) . ولكن الذى غلب على لغة الفقهاء عند معالجتهم للعنصر الاجتماعى فى الدولة الإسلامية هى لفظة « الأمة » ولذا فإنى أستعير هذا التعبير هنا وأنا بصدد الكلام عن شعب الدولة الإسلامية . وإنى إذا استخدم مصطلح « الأمة » فى هذا المعنى لا أجرده من المدلول الدينى لأن مدرك القبيلة وإن خلف بصماته على التنظيم الاجتماعى الإسلامى إلا أن القبيلة الإسلامية هى قبيلة العقيدة وليست قبيلة الدم فهى الجماعة التى تشكل عروة وثقى يتمسك بها المسلمون ويتناسون فيها عنجهية العرق واللون والنسب « منهم أمة مقتصدة وكثير منهم ساء ما يعملون » (المائدة / ٦٦) « ولكل أمة جعلنا منسكا هم ناسكوه » (الحج / ٦٧) ، « وقطعناهم فى الأرض أما منهم الصالح ومنهم دون ذلك » (الاعراف / ١٦٨) . والحق أننا لانستطيع أن ندعى أن هناك تعبيرا معينا قد استخدمته النظرية الإسلامية للإشارة إلى المفهوم الفنى للعنصر الاجتماعى للدولة لاسيما فى المرحلة المبكرة لتطور القانون الدولى الإسلامى . بيد أننى استملح استخدام لفظ « الأمة » لدقة فحواه فى النظرية الإسلامية دليلا على أنه يستق مع تعبير مماثل تجرى به لغة القانون الدولى المعاصر .

- فإذا قلت إن شعب الدولة الإسلامية يطلق عليه فى النظرية الإسلامية اصطلاح « الأمة » فإن الامة فى الدولة الإسلامية تحوى ثلاث فئات :
- ١ — أمة المسلمين « كنتم أمة أخرجت للناس » (آل عمران / ١١٤) .
 - ٢ — أمة أهل الكتاب « من أهل الكتاب أمة قائمة » (آل عمران / ١١٣) .
 - ٣ — أمة المشركين « وأمم ستمتعهم ثم يمسه من عذاب أليم » (هود / ٤٨) .

إن هذه التقسمة لاتعنى إيجاد فواصل تهدم الوحدة الاجتماعية لشعب الدولة الإسلامية ولكنى ألححت إليها لاننى قدمت بأن مدرك « الأمة » له مغزى دينى ولذا أحببت أن اوضح أن هذا المغزى الدينى لايفيد أن مدرك « الأمة » فى

النظرية الإسلامية يستبعد من تلك « الأمة » من ليس مسلما ، بل هو — كما قدمت — يستقطب أمتي الكتائين والمشركين ويحترهما في بوتقته .

وذلك هو حكم الدنيا أما في الآخرة فالامر بيد الله وهو وحده العالم به « كل أمة تدعى إلى كتابها اليوم تجزون ما كنتم تعملون » (الجاثية / ٣٨) ، ذلك أن العلاقة التي تربط بين هذه الفئات تصفها الآية الكريمة « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين » (الممتحنة / ٨) . وإذن فالبر والقسطاس هما حجر الرحي التي تدور عليها العلاقة في المجتمع الإسلامي بين أمة الإسلام وغيرها من الأمم التي تعيش معها على الإقليم الإسلامي مابقيت تلك الأمم بعيدة عن مناجزة الدين ومجاهدة اصحابه بالقوة . والبر لغة هو الخير وهذا معنى لا بد أن تعززه السمة الدينية لمدرك الأمة . أما البر في القرآن الكريم فهو « من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبين » ، (البقرة / ١٧٧) . « البر من اتقى » ، (البقرة / ١٨٩) . وإذن فالبر في القرآن بر عقيدتي تجمله في إنجاز مبدع لفظة « التقوى » أى أن على المسلمين في معاملاتهم لأهل الكتاب والمشركين الذين ينطبق عليهم الحكم السالف — أن يتقوا الله . والتقوى هنا ليست العبادة فحسب وإنما هي التقوى في كافة مناحي المعاملات البشرية . ومن ثم فإن القسطاس يدخل في مفهوم هذه التقوى . وهكذا نجد أن التقسمة السالفة إنما تناقش قيام مجتمع إسلامي يتكامل أفرادها في حلقة البر والقسطاس . بيد أن هذه التقسمة ليست هي التي ارتأها الفقه التقليدي ولذا فإنني أناقش الآراء الكلاسية في الأسطر التالية :

من يتكون شعب الدولة الإسلامية :

وضعت الشريعة الإسلامية أسسا لحياة اجتماعية جديدة ورسمت ملامح نقلة كبرى للمجتمع العربي من الواقع الوثني إلى الدور الحيفي وخرجت بأمة العرب من الظلمات إلى النور فكانت خير أمة أخرجت للناس .

وقد رسم الرسول ﷺ الخطوط العريضة لبناء الهيكل الاجتماعى الإسلامى الذى انطلق ليكون الدولة العربية الإسلامية الكبرى وقد تحلل من العقدة التى كانت تضم أخلاطا بشرية وأجناسا متعددة .

ولكن النظرية التقليدية تميز فى المجتمع الإسلامى الأول عنصرين رئيسين هما : العرب وأهل البلاد المفتوحة .

أ — العرب ، وهم العنصر الذى كان يستوطن أساسا الجزيرة العربية ، ثم ساح محاربا فى البلاد المفتوحة عبر موجات الحملات العربية الإسلامية حيث أثر بعض هؤلاء الاستقرار فى حواضر وأمصار الأقطار التى غزوها ولم تشتغل منهم بالزراعة سوى قلة — ولذا يذكر الأب لامنس أن عدد العرب فى الشام لم يكن يزيد فى القرن الأول الهجرى على مائتى ألف نفس من مجموع السكان البالغ عددهم ثلاثة ملايين ونصف المليون وقد تركزمعظمهم فى المدن ، أما فى مصر فقد استقر عدد كبير من المحاربين — وإن كانوا يمثلون قلة بالنسبة لأهل البلاد — واخطوا لانفسهم مدينة عربية إسلامية وسط المحيط القبطى ونزل بعض العرب إلى الاسكندرية وضواحيها وتكاثرت الهجرة العربية إلى مصر لقربها من جزيرة العرب وبلاد الشام . ولكنهم ظلوا على عزلة عن المصريين إلى بدايات القرن الثالث الهجرى حيث بدأوا فى الانتشار فى الأرياف والاختلاط بالمصريين ومصاهرتهم واحتراف الزراعة والصناعة والتجارة .

وكان للعنصر العربى المكان الأول على عهد الأمويين ولكن عرى العصبية العربية بدأت فى التفكك وتفتت سلطنتهم تدريجيا فى ظل العباسيين .

وقد غلبت جموع البربر على العرب فى الأندلس بعد أن افتتح طارق بن زياد . على عكس بلاد المغرب التى وفد إليها كثرة من العرب زاد عددهم فى القرن الخامس الهجرى بسبب هجرة بنى هلال وبنى سليم إليها من مصر .

ب — أهل البلاد المفتوحة ، وينطوى هؤلاء على ثلاث فئات هم :

١ - أهل الذمة ، وهم الذين بقوا على دينهم وسموا بالرعية أى الذين أصبحوا في ذمة العرب أو في رعايتهم وعرفوا أيضا بأهل الكتاب . ويدخل في هؤلاء النصارى واليهود والنجوس والصابئة . وكان مفروضا أن يكون الأمان الذى عقده الرسول ﷺ لأهل نجران هو النموذج الأول الذى يحتذىه المسلمون لإقرار حقوق أهل الذمة في بلاد الإسلام . ولكن نسب إلى عمر بن الخطاب أنه وضع شروطا لأهل الذمة تنظم تصرفاتهم في المجتمع الإسلامى عرفت بالشروط العمرية ، ثم زاد عليها الفقهاء والخلفاء شروطا أخرى مثل الرضى . وكان يطلق على أهل الذمة في الأندلس أيضا المعاهدة والعجم والمستعربة ، وفي المغرب الافارق وهم بقايا الفتيقيين واللاتين وكانوا يشتغلون بالصناعة والزراعة ، وتولى بعضهم مناصب هامة في الدولة .

أما في مصر فقد كان معظم من لم يدخل في الإسلام من أهلها من الأقباط وكان العرب يعاملونهم معاملة حسنة بسبب انضمام عدد كبير إلى جانب العرب كذلك تمتع النصارى في العراق في العصر العباسى بتسامح دينى من قبل السلطة الحاكمة وزادت أعدادهم وسكنوا محلات خصصت لهم ... ومن أهل الذمة في العراق الصابئة . (يحيى احمد الكعكى - معالم النظام الاجتماعى في الإسلام ، بيروت ، ١٩٨١ ، ص ١٠٢ - ١٠٣) .

٢ - المسألة ، وهم الذين بادروا إلى اعتناق الإسلام من أهل البلاد المفتوحة وسموا بالموالى من حيث أنهم يدينون للعرب بالولاء . وكان معظمهم في العراق وفارس والمغرب .. وكانوا يؤلفون في الشرق العربى حزبا معارضا للأمويين يقوم أساسا على العنصرية الجنسية أو الشعبية لأن الدولة الأموية أقصتهم عن أمور السلطان واعتمدت على العرب حتى اشتد ساعدتهم وانقلبوا على الأمويين واسقطوهم . أما في المغرب فقد انتشر الإسلام بين البربر حيث تقاضى الولاة في بذل الجهد لتفقيه البربر في علوم الدين حتى يقوم اسلامهم على أساس متين وولما كان الاختلاف مرجعه بعد المغرب عن دار الخلافة .

٣ — المولدون ، وهم أبناء العرب من نساء مسيحيات ، وكان لهم شأن بارز في الاندلس بسبب إقبال العرب هناك على الزواج من البشكنيات الشماليات ولذا قويت عصبية المولدين في الاندلس وكانت بينهم نزعة التحزب لعرقهم الاسباني .

ويمكن أن نضيف إلى هؤلاء : (١) المتجنسين ، فقد ورد في بعض كتب الفقه (مثل تحرير الاحكام في تدبير أهل الإسلام لبدر الدين بن جماعة) أن نميز المسلمين فمن ليسوا مقيمين بالدولة الإسلامية يجوز لهم إذا ما مآقاموا فيها أن يطلبوا التجنس ويجوز للإمام أن يمنحهم الجنسية . ويبدو أن هذا هو الذي كان معمولاً به في زمانه وأن الأمام كان يعين للمتجنسين من بينهم من يقوم بمراقبتهم وتسجيل نشاطهم . والقول عندى أن اقرار نظام التجنس هذا وإن استمد صورته العامة من مدرك الذمة — إلا أنه يعنى وبُهل بنهى مفهوم الذمة لأهل الذمة . (٢) كذلك الزوجة التى تتزوج من مواطن دولة اسلامية فانها تكسب جنسية الدولة الإسلامية . ومن ثم فلو أن زوجين جاءا إلى دولة اسلامية وأقاما فيها واكتسب الزوج جنسية الدولة الإسلامية فإن تلك الجنسية تنصرف إلى الزوجة أيضا . ولكن العكس غير صحيح بمعنى أن الزوج لا يكتسب جنسية زوجته .

وتقسيم شعب الدولة العربية على هذا النحو يكشف في نظرى عن نعة عربية غير اسلامية لعل مرجعها ما فرضه عمر بن الخطاب على العرب من عدم الاختلاط بشعوب البلاد المفتوحة ولأحسب أن عمرا قصد بذلك أن يفارق بين المسلمين وبعضهم البعض وهو الذى كان يسمى بلال الحبشى بأنه سيدنا وإنما أراد أن يحفظ للإسلام دفعته القوية في مرحلته الأولى بالابقاء على نقاء العروق. العربية المناضلة. والصحيح عندى أن شعب الدولة الإسلامية يتكون من فريقين المسلمين والكتابيين ويمكن أن اضيف إليهما — وبصفة عارضة — المستأمنين ذلك أن المسلمين لا يتفاضلون فيما بينهم بالعرق وإنما يتفاضلون بالقوى ، إن اكرمكم عند الله اتقاكم (الحجرات / ١٣) .

ولا غرابة أن يكون ذلك التقسيم التناز من وراء حركات التذمر التي تحكى بعضه قصص الفرقة بين المسلمين . ثم إن الرسول ﷺ قد اتبع هذا التقسيم الثانى فى تكوينه لشعب يثرب . إذ جعل من المؤمنين انصارا ومهاجرين — أمة ومن اليهود — وهم أهل الكتاب فى المدينة — أمة .

وأكد أحس بأن هناك من يهمس فى اذنى متسائلا : وماذا عن الرقيق ، اليسوا من شعب الدولة الإسلامية ، وأجيب على الفور بأنه لا رق فى الإسلام فليس فى القرآن الكريم ولا فى الحديث الشريف ما ينظم قواعد لاسترقاق البشر ولكن الوحي الإلهي اهتم بتنظيم حالة الارقاء. والرق صورتان : رق كان العرب يمارسونه قبل الإسلام ، ورق استحدثه العرب بعد الإسلام .

أما رق ما قبل الإسلام فكان جزءا من اقتصاد المجتمع العربى ولذا لم يشأ الإسلام أن ينهى هذا الوضع فجأة فيهتز بذلك كيان المجتمع الإسلامى سواء بالنسبة للسادة أم للرقيق ولكنه عالجها — شأن غيره من المشكلات — بسياسة التأنى والحرص ففتح الباب على مصراعيه لتصفية ذلك الوضع وأكثر من الاحكام التي تفرض على المسلم تحرير الرقبة .

أما رق ما بعد الإسلام فقد دخل النظرية من باب خلفي فتحت رواسب العصور المنحدرة ، ولذا جاءت عبارات القرآن فى شأنه بصيغة الماضي . ولأحسب أن هذا الباب الخلفي سوى الواقع الدولى فى حقبة بعينها كان فيها الرق نظاما جاريا وعملا ساريا اكتوى به المسلمون فاسترق اسراهم ويبيعوا فى الاسواق . ويحكى ابن جبير فى رحلته عن الرقيق المسلمين من الأطفال والنساء انذين يقاسون شظف العيش فى أسواق ايطاليا . ومن ثم فلم يكن أمام المسلمين سوى المعاملة بالمثل ولكنها كانت معاملة بالمثل فى اباحة الاسترقاق فقط ، وكان اليون شاسعا بين انسانية الرق فى الإسلام وبربريته لدى الاعداء . أما والرق نظام طارئ على الإسلام فطبعى أن يزول بزوال مبرراته وينقضى باقضاء مسبباته . ولما كانت الجماعة الدولية تشجب الرق اليوم ولاتقره

فلا مرأ أن يسقط الرق من بين خيارات الإمام في معاملة الأسرى . وإذن فلا يجوز للمسلمين اليوم أن يسترقوا أسراهم وإلا خرجوا عن حكم دينهم .

وحيث يكون الرق مباحا فإن الإسلام يحيطه بسياج من انسانية فياضة ورقة بالغة تكاد تسمو بالأسير إلى مستوى سيده فهو ليس بالعبد وإنما يطلق عليه الفتى أو الغلام فقد كان الرسول ينصح بقوله « لاتقل عبدي وأمتى ولكن قل فتى وفتاى » وفي القرآن الكريم « فمن ماملكت إيمانكم من فتياتكم المؤمنات » (النساء / ٢٥٠) . وتصح امامة الرقيق للصلاة ، وكان للسيدة عائشة عبد يؤمها للصلاة . وفي تكريمه يقول القرآن الكريم : « ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا » ويقول الرسول « تواصوا بالاسارى خيرا » . وبلغ من مجاملة المسلمين لاسرى بدر أن كانوا يطعمونهم التمر ويأكلون هم الخبز .

روى عن أبى ذر أنه سئل لم لا يأخذ برد غلامه إلى برده فيكون حلة ويكسوه ثوبا غيره فقال : سمعت رسول الله يقول : هم احوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليكسه مما يكتسى ولا يكلفه مايغلبه فإن كلفه مايغلبه فليعنه » .

ويقول أبو يوسف بحسن معاملتهم وتقديم الطعام واللباس لهم على نفقة الدولة « إنما نطعمكم لوجه الله لانريد منكم جزاء ولا شكورا » .

وقد منع الإسلام اىذاء الرقيق حتى أنه جعل كفارة الرقيق الذى يظلم أن يعتقه سيده كما سمح للرقيق بأن يكتب سيده على حريته ووضع لذلك أحكاما تكاد تفرض إرادة الرقيق على سيده « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا » (النور / ٣٣) وتصبح الأمة أم الولد حرة بموت سيدها فقد حررها ولدها .

وإذا كان إسلام الرقيق لا يرفع الرق عنه خشية ألاعيب المنافقين فإن الإسلام قد ضيق منافذ تحقق الرق وفتح أبواب العتق على مصراعها وكأنه يريد لهذا النظام أن يندثر تلقائيا .

إن الرق في الإسلام نظام لايشئى في بيانه بصحة اسنلر بيد أن تفصيل أحكامه يخرج عن نطاق هذا البحث ولذا اجتزىء بما قدمت وماقصدت إلا أن أوضح أن الرق نظام طراً على النظرية الإسلامية فتلفته بمفهوم انساى صادق وشكلته في اطار سام نبيل يجعل الرق من الرقة وليس من الاسترقاق . فلا عجب أن يذكر الرسول الرقيق وهو على فراش الموت فيبيب بأتمه قائلا « اتقوا الله في الضعيفين المرأة والرفيق » . وتلك على كل مرحلة من التاريخ قد ولت وانقضت ومادام أن الجماعة الدولية قد لفظت نظام الرق فهي إذن قدذهبت به إلى غير رجعة وتقد خلا العالم الإسلامى اليوم من مظاهر ذلك الرق وزالت آثاره .

ويذهب الفقه الدولى المعاصر إلى أن شعب الدولة لابد أن يجمع الجنسيتين معا حتى يكون صالحا بذلك للبقاء فلو أن جماعة الدولة تكونت من جنس واحد — شأن الفاتيكان لايفرق بين الدول كثيرة السكان والدول قليلة السكان من حيث المركز القانونى ومايتصل به من حقوق وواجبات . ولكن يبدو أن هذا لم يعد هو الاتجاه العالمى المعاصر إذ أن مسلك الأمم المتحدة تجاه بعض الوحدات التى طلبت الانضمام إليها وتحث الهيئة العالمية في مدى توافر وصف الدولة في تلك الوحدات يكشف عن أن منتظم الأمم المتحدة لايميل إلى قبول وحدات ذات كثافة سكانية هزيلة لان مثل هذه الوحدات لاتصلح للقيام باعباء الدولة في المجتمع الدولى الأمر الذى يدعوى إلى القول بأن عدم اشتراط عدد معين من السكان لم يعبد من مسلمات القانون الدولى المعاصر .

وتلك أفكار سبقت إليها النظرية الإسلامية فالاثار والممارسة تشير إلى أن النظرية الإسلامية وإن أطلقت على الدولة مسمى القرية لتعان عن تقبلها للدولة في أصغر صورها إلا أنها لم تغفل بذلك عن شرطى التناسل والكثرة في الشعب .

أما التوالد فدليلة قول الرسول ﷺ « تتكاحوا تناسلوا فإنى مباه بكم الأمم » . وإذن فالأمة الإسلامية في التصور الإسلامى لابد أن يتوافر لها عنصر

التناسل حتى تبقى قوية الشكيمة مرهوبة الجانب . ويمكن أن استشهد هنا بقوله عز وجل « وأعبدا لهم ما استطعتم من قوة » لأن القوة بمفهومها العام يمكن أن تنصرف — من بين أمور أخرى — إلى قوة العنصر البشرى وتكاثره . كذلك فإن الكثرة — ولو كانت محدودة — لشعب الدولة حكم يستفاد من مفهوم الإشارة في الآية الكريمة « وأرسلناه إلى مائة ألف أو يزيدون » (الصافات / ١٤٧) ، وتفسيرى لآية أن هناك حكمة من ذكر العدد فيها إذا سبقتها في السورة ذاتها آيات عن رسالة كل من الياس ولوط وعبر القرآن عنهما بقوله « وإن الياس لمن المرسلين » و « إن لوطا لمن المرسلين » وأستخدم عبارة ذاتها بالنسبة ليونس فقال « إن يونس لمن المرسلين » ولكنه لم يورد عددا لمن أرسل إليهم كل من الياس ولوط وأورد ذلك التعداد بالنسبة لمن أرسل إليهم يونس وكان من أرسل إليهم يونس هم — على خلاف قوم الياس ولوط — الذين آمنوا « فآمنوا فمتعناهم إلى حين » . وتبعاً فقد اختار الله أن يذكر عدد القوم الذين آمنوا — أى شعب الدولة المؤمنة — إشارة إلى أن هذا هو العدد الأدنى الذى يصلح لأن يكون العنصر الاجتماعى في دولة الإسلام ، ولأنكر أننى بهذا النهم قد أكون افترطت بعض الشيء في تحميل الآية هذا المعنى ولكنى أراه إفراطاً مستلماً واستنباطاً مستقيماً .

وقد ناقشنى بعض ابنائى من الدارسين متسائلاً عما إذا كان هذا العدد قد توفر في دولة المدينة فإن لم يكن قد توفر فإن الحكم الذى قدمته لا يستقيم . وعلى الرغم من وجهة هذا الاعتراض فإنى لرى أنس القياس على دولة المدينة يجب أن يكون قياساً على العموميات وليس على التفصيلات ، وفي قول آخر فإننى أقيس على دولة المدينة — عند الكلام على مفهوم الدولة في النظرية الإسلامية — من حيث توافر العناصر الثلاثة : السلطة والشعب والإقليم . أما ماتوفر من مواصفات لكل من تلك العناصر فليس هو محل القياس لان ماتوفر لدولة من ظروف خاصة قد يكون قاصراً عليها وليس منطقاً أن نتوقعه في الدول الإسلامية عموماً ذلك أن كل عنصر من العناصر الثلاثة قد تميز بسمات تتصل بالنبوة الكريمة وتكريم الرسول وتدعيم دعوته وأوضح ذلك في كتاب

عنصر من تلك العناصر . فسلطة الدولة كانت في يد الرسول ﷺ وتبعاً فإننا لا يمكن أن نتطلب في سلطة الدولة الإسلامية ماتوافر للرسول من مكانة وسلطان وقد قدمت أن الرسول يتمتع بالشخصية القانونية الدولية وتلك ميزة قد اختصه الله بها الأمر الذي يمكن أن نكفيه — إذا نحن استخدمنا التعبيرات المعاصرة — بالقول بأن الدولة الإسلامية قد جمعت في عهد الرسول — وبفضل وجوده ﷺ على رأسها نوعاً من الاتحاد الشخصي يضم الشخصية القانونية الدولية للرسول والشخصية القانونية الدولية لدولة المدينة ، مالا يمكن أن يصرف إلى السلطة في الدولة الإسلامية . فإذا انتقلت إلى عنصر الشعب ووجدت أن تعداده ليس مؤكداً ورب أنه قد وصل إلى التعداد الذي وردت به الآية إذا نحن أدخلنا القبائل الأخرى المجاورة للمدينة والتي دخلت في شعب دولة المدينة ، فإن الأمر لا يخلو من حقيقة هامة اختص الله بها شعب دولة المدينة تلك هي أن الله قد أمد هذا الشعب بالآلاف من الملائكة الذين كانوا يحاربون إلى جانبه ويكونون فيلقاً من كتائبه . ومن ثم فإن تعداد الشعب هنا لا تنطبق عليه المعايير العادية ولا تسرى عليه الاعتبارات المادية وقد اغناه الله بملائكته الأخيار عن استئثار الأنصار . بقي الإقليم وهنا نلاحظ أن تحديد الإقليم كان عملية تمت بإرادة منفردة من قبل الرسول ﷺ ولم يكن بناء على اتفاق مع أو باقرار من الوحدات السياسية المجاورة وتلك مسألة تضي على الإقليم وضعا يختلف به تفصيله عن مدرك الأقليم بالمفهوم الذي تحدده به الآن اختصاص الدولة الإسلامية . وهكذا فإن ما قدمته من أن دولة المدينة نموذج في عمومها وليست مثلاً يطبق في خصوصه هو ما يجعلني اتابع رأيي في أن مائة ألف هو العدد الذي يشير إليه عبارة الآية الكريمة وقد اتجه فكري إلى أن أمثل بهذا العدد على سبيل التقريب لولا أن الآية جعلت حداً أدنى إذ قالت إنهم كانوا مائة ألف أو يزيدون .

ومن هنا وجدت أن مائة ألف هي أقل تعداد لان الآية قطعت احتمال النقصان وأكدت احتمال الزيادة ورب متسائل يرى في هذا الرأي حرجاً على الأمة الإسلامية إذ ماذا تفعل الجماعات التي تقل عن هذا العدد إن هي أرادت

أن تستقل بذاتها في دولة ؟ وردى على ذلك أخصه فيما يلي :

- ١ — الأصل في المسلمين أن يكونوا يداً واحدة في دولة واحدة ، « وأن هذه امتكم امة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » ، ومن ثم فإن الجماعة التي لا ترى في ذاتها كفاءة لأن تكون دولة يجب أن تنضم إلى دولة اسلامية أخرى لأن مبرر انفصالها بذاتها فيه ضرر يتجاوز انضمامها إلى غيرها من الدول الإسلامية والضرر الأكبر يدفع بالضرر الأصغر .
- ٢ — أن تعين لذاتها مصيراً فيه تحقيق لآمالها — إن هي رغبت عن الانضمام إلى دولة اسلامية أو لم تكن في وضع يسمح لها بذلك بأن تتمتع بذانية دولية تؤهلها للتستع بالحقوق والالتزام بالواجبات وتبقى كذلك إلى أن يقضى الله لها أمراً كان مفعولاً ..

لقد أمر المولى بأن تعد للعدو ما استطعنا من قوة ومن رباط الخيل . ولا جدل أن القوة التي عناها الأمر الإلهي هي القوة بكل معانيها الاقتصادية والثقافية والعسكرية والبشرية والسياسية . ومن ثم فكيف تعد هذه القوة لإرهاب العدو لو أننا تفرقنا في عدة دول منمنمة يسهل اجتياحها ويهون على العدو أمرها لاسيما في هذا العصر الذي يشهد مولد الدول القارات مثل الصين والهند والاتحاد السوفيتي والاتحاد الأوروبي . إن الذود عن حوض الإسلام لا يكون إلا بالقدرة القادرة . ولأحسبني مغاليا إذا قلت إن دولة يتكون شعبها من مائة ألف تعد اليوم في حكم العدم فما بال الأمر لو أنها قلت عن ذلك . ولذا فإن خلاصة قولي هو أن الآية تشير إلى الكثرة في قولها « أو يريدون » وتحدد الحد الأدنى للشعب في قولها « إلى مائة الف » .

أشكال الدول :

للدول حرية تكوين جماعات أو تجمعات لتحقيق أهداف معينة وصدق القول أن نيتي اتجهت بداءة إلى البعد عن معالجة هذا الموضوع لانه يتعلق بصور دائمة التطور والتحول والكلام فيه يكاد يكون وصفاً لواقع إذ ليس هناك من قيود أو قواعد لرسم تلك الصور أو تحديدها على خلاف ما قد يظن أو ما قد توحى به كتابات الفقه التقليدي .

ولا يهمنى هنا إلا تقسيم الدول إلى دول بسيطة ودول مركبة ، وإلى دول تامة الأهلية ودول ناقصة الأهلية . وماعدا ذلك من التقسيمات يتعلق بنظام الحكم الداخلى فنحيل فى دراسته إلى كتب الفقه الدستورى (محمد حافظ غانم — الأصول الجديدة فى القانون الدولى ، القاهرة ، ص ١٢٨) .

والدول البسيطة هى التى تقوم بإدارة شئونها الداخلية والخارجية بسلطة واحدة مثل جمهورية مصر العربية . أما الدول المركبة فتتركب من أكثر من دولة ترتبط معا برابطة مشتركة . وهناك صور تقليدية للدولة المركبة مثل الدول التى تكون اتحادا شخصيا أو اتحادا فعليا . ويمكن أن ندخل الدول ١١ كمة تحت ثلاث فئات .

١ — اتحاد الايلاف (الكونفدرالى) . ويتكون من عدة دول مستقلة ترتبط برفاق دولى يقيم اتحادا له اجهزة تستهدف المحافظة على الاستقلال الداخلى والخارجى للدول الاعضاء . ولذلك فإن هذا الاتحاد لايعتبر شخصا قانونيا فى القانون الدولى إذ تحتفظ فيه الدول الاعضاء بشخصيتها . وتلك هى الرابطة الدنيا التى تفرضها النظرية الإسلامية على الدول الإسلامية فى علاقاتها بعضها ببعض الآخر وقد استقرت التسمية من القرآن الكريم ذلك « أن الرابطة التى كانت تجمع بين قبائل قريش فى قيامها برحلتى الشتاء والصيف كانت رابطة من هذا القبيل وقد اسمها الله عز وجل بالايلاف » لايلاف قريش ايلافهم رحلة الشتاء والصيف » (قريش / ٢) . ويمكن أن امثل لهذا الاتحاد فى المحيط الإسلامى بمؤتمر الدول الإسلامية الذى تحدثت عنه فى بداية هذه الدراسة .

٢ — اتحاد الموالاة (الفدرالى) . والخلاف الجوهرى بين هذا الاتحاد وبين اتحاد الايلاف هو أن لأجهزة اتحاد الموالاة سلطة مباشرة على الدول الاعضاء وكذا على مواطنى تلك الدول وتدار السياسة الخارجية — فى معظم اتحادات الموالاة — بواسطة السلطة المركزية . وذلك كان حال دولة المدينة عند وفاة الرسول ﷺ .

وقد ابتدعت هذه التسمية من حيث أن رابطة الولاء عند العرب كانت تجعل من المولى — وهو غريب عن القبيلة — وكأنه أصبح أحد أفرادها وكأن رابطة الموالاة قد حلت محل رابطة الدم .

٣ — اتحاد من نوع خاص *sui generis* ، مثل الكومنولث البريطانى واتحاد الجمهوريات السوفيتية . إن هذه الفئة لا تنطبق عليها مواصفات الفئتين السابقتين . لهذا جمعت هذه التصورات تحت مسمى مشترك وهو اتحادات من نوع خاص . ويمكن أن أدرج تحت هذا المسمى اتحاد الدول — الإسلامية وغير الإسلامية — الذى كان يكون دار الإسلام فى العصر العباسى والذى يمكن أن أطلق عليه — باستخدام تعبير حديث — الكومنولث الإسلامى مقابل التعبير الفقهى التقليدى « دار الإسلام » .

أما الدولة تامة الاهلية فهى الدولة التى تملك مباشرة سائر حقوق (اختصاصات) الحاكمية الداخلية والسيادة الخارجية دون أن تخضع فى ذلك لرقابة سلطة اجنبية .

والدولة ناقصة الاهلية هى التى لا تتمتع بالاختصاصات الاساسية للحاكمية أو السيادة . وللدولة ناقصة الاهلية عدة صور انتقى منها :

أ — الدولة التابعة *Vassal* أى الدولة التى تخضع خضوعا كاملا لسلطان دولة أخرى . والحق أن الوجود الدولى للدولة التابعة لا يكاد يمس لان استقلالها مقيد تقييدا بعيد المدى ، وأقرب الصور إلى هذه الفئة فى النظرية الإسلامية هى دار الصلح .

ب — الدولة المحمية *Protectorat - Protectorate* وهى الدولة التى تضع ذاتها — بواسطة معاهدة — تحت حماية دولة أخرى أقوى وأقدر ، بحيث تقوم الدولة الحامية بإدارة الشؤون الخارجية الخاصة بالدولة المحمية . وتتعدد اشكال الحماية حسبما ينص عليه فى معاهدة الحماية وما يحيط بالحماية من ظروف ولعل هذا الوصف ينطبق فى النظرية الإسلامية على دار العهد .

وعلى الرغم من أن الدولة المحمية لا تتمتع بحاكمية كاملة إلا أنها تعتبر دولة في نظر القانون الدولي .

ج — أقاليم المعامدة — أى أقاليم السيادة المشتركة (كوندومينيوم Condominium) وهى الأقاليم التى تخضع لحاكمية أكثر من دولة . وقد مارست الدولة العباسية ذلك النوع من الشراكة مع بيزنطة فى حكم بعض جزر البحر المتوسط . ولذا فقد أخذت هذا المسمى عن مراجع التاريخ التى تشير إلى تلك السابقة التاريخية ، مثل أبو الفداء الذى أطلق هذا التعبير على أقاليم فى وضع مماثل إذ قال « تملكوا معامدة مدة مديدة » (Abul Fida- History under the year 588 A. Hyed. Europu)

ومركز أقليم المعامدة ليس واضحا فى القانون الدولى . وهذا الغموض هو الذى جعلنى أدرجها ضمن مجموعة الدول ناقصة الاهلية وإن كانت بعض صورها أقرب إلى المستعمرات منها إلى الدولة ناقصة الاهلية .

الاعتراف والاقرار :

لكل نظام قانونى اجراء تستطيع الوحدة عن طريقه أن تكتسب العضوية فى ذلك النظام والاجراء الذى يعرفه القانون الدولى وقت السلم — هو ماجرى الفقه على تسميته بالاعتراف وهو- الاقرار اقرارا ذا حجية بالوجود القانونى لشخص قانونى دولى . والاعتراف قد يكون اعترافا بالدولة وقد يكون اعترافا بالحكومة بيد أن الاعتراف بالحكومة يدخل من الناحية الفقهية فى الدراسات الدستورية ولذا اجتزئء هنا بالكلام عن الاعتراف بالدولة . أما الاقرار فهو مجرد ملاحظة مركز واقعى أى عدم انكار ذلك المركز الواقعى دون أن يترتب على ذلك حتما والزما أثر قانونى .

والقول عندى إن النظرية الإسلامية تعرف المصطلحين : الاعتراف Recognition والاقرار acknowledgement ولكن مفهومها لاحكام المصطلحين يختلف عن المفهوم الجارى فى الفقه الدولى المعاصر .

ذلك أن الاعتراف في النظرية الإسلامية قد يكون اعترافا الزاميا (كاشفا)
 أى تفرضه الأحكام الأخرى وتقضى به اعتبارات النظام العام الإسلامى . وقد
 يكون اعترافا رضائيا (منشئا) ، أى يتوقف على إرادة الدولة المعترفة إن شاءت اعترفت
 فترتب على ذلك انتفاء الحقوق القانونية على الوحدة المعترف بها وإن شاءت لم
 تعترف فتبقى الوحدة بلا حقوق أساسا حيال الدولة التى تنكل عن
 الاعتراف .

كذلك قد يكون الاعتراف قانونيا أى نهائيا يضمنى الكيان القانونى على
 الوحدة المعترف بها وقد يكون واقعيا أى مجرد العلم بالوجود المادى للوحدة
 والاعتراف بكيانها الواقعى . والاعتراف الواقعى هو ما أسميه بالاعتراف . وفى
 تطبيق أحكام الاعتراف والاعتراف نجد أن الوحدة المراد الاعتراف بها لا تخرج في
 النظرية الإسلامية عن فرض من ثلاثة : أن تكون وحدة اسلامية أو ان تكون
 وحدة كتابية أو أن تكون وحدة مشركة أو ملحدة .

أما الوحدة الحديثة التى تنشأ على أسس اسلامية . فليست بحاجة إلى
 اعتراف من شقيقاتها الدول الإسلامية الأخرى كى تمارس حقوقها ازاء الدول
 الإسلامية . ولعل ذلك هو الذى جعل الاعتراف من بين الموضوعات التى
 لا تستهم الفقه الإسلامى لان الاعتراف هنا وعدم الاعتراف سواء من حيث
 المركز القانونى للدولة الإسلامية الجديدة سوى أن الاعتراف تعبير عن مظهر
 أخوى ودى أى أنه هنا مجرد اجراء ذى سمة سياسية فحسب فنعما هو . ولذا
 فإن هذا الاعتراف يعتبر اجراء كاشفا وليس منشئا ، وبحث الاعتراف الرضائى
 يكون عند تحديد العلاقة بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية ، ولذا
 نسأل هل يجوز أن تعترف الدولة الإسلامية بغيرها من الدول غير الإسلامية أم
 أن ذلك لا يجوز .

قلت فيما سبق إن الكلمة السواء تجمع بين الدولة الإسلامية والدولة
 الكتابية ولأقصد بالدولة الكتابية الدولة التى تلتزم بأحكام كتابها وإنما الدولة
 التى تقر تلك الأحكام وتعترف بها وتحمى حقوق افراد شعبها فى ممارسة مظاهر

دينها ذلك أن الدول الغربية اليوم تفصل بين الدين والدولة ولكنها مع ذلك تحمى الدين وترعاه، مثل تلك الدولة تعد — فى مذهبي — دولة كتابية لأن عنصرها الاجتماعى — وهو الشعب — كتابى وتتساوى معها الدول التى يدين شعبها بما يعتبر فى حكم الكتاب — ومن ثم فإنه يجوز للدولة الإسلامية أن تعترف بتلك الدولة الكتابية — إذا ماتوافرت فيها شروط الكلمة سواء أى الاجتماع مع الدولة الإسلامية على وحدانية الله وعدم الاشرار به فإنه يترتب على ذلك قيام علاقات سياسية سلمية ومن ثم فإنه يجوز للدولة الإسلامية عندئذ أن تعترف بتلك الدولة الكتابية — وكذا الدول التى فى حكمها — اعترافا قانونيا . بيد أن الاعتراف هنا اعتراف منشئ لانه اقرار بأوصاف يتوقف تكييفها على ارادة الدولة الإسلامية . فإن اعترفت الدولة الإسلامية بدولة كتابية كان ذلك اقرارا منها للدولة الكتابية بالوجود القانونى كدولة وترتب على ذلك التزام الدولة الإسلامية باحترام حقوق الدولة الكتابية والتعايش أو التعاون معها على نحو ما سلفت « لاينهاكم الله عن الذين لم يحاربوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم » (الممتحنة / ٨) .

أما إذا لم تكن الوحدة غير الإسلامية دولة كتابية فإن الدولة الإسلامية لايجوز لها أن تعترف بها ولا أن تقر لها بكيان قانونى دولى والأصل فى علاقة الدولة الإسلامية بتلك الوحدات هو مقارعتها ولو بالقوة لأن عنصرها الاجتماعى — وهو الشعب — نجس « إنما المشركون نجس » (/) . وماكان للدولة الإسلامية أن تساوى بين ذاتها وبين مثل تلك الوحدات ولو أن تطعن إلى الدخول فى علاقات سلمية معها . بيد أن تلك الوحدات ولا كيان مادى واقعى وقد تأتى تصرفات لها آثار تمس مصالح الدولة فماذا يكون موقف الدولة الإسلامية منها ؟ إن الأمر يحكمه واقع الدولة الإسلامية بيد أن هذا الواقع يفرض تصرفا واقعى . ذلك التصرف هو ماأسميته بالاقرار لأنه تصرف تقتضيه الظروف ولكن لاتمليه المبادئ . ويقتررب الاقرار فى تسمية الفقهاء المحدثين — بالاعتراف الواقعى — . انه تصرف زمنى واجراء استثنائى يجب أن يقدر بقدره ولايحسن التوسع فى تطبيقه ولذا فإن تكييفه

للاقرار هذا هو انه تصرف ذو سمة سياسية غالبية — وإن جاز أن يكون له معقبات قانونية لأن تلك المعقبات لم تكن مقصودة لذاتها بل دعت إليها اعتبارات سياسية ابتعتها مصلحة عامة للدولة الإسلامية « إن الذين يحادون الله ورسوله كبتوا كما كبت الذين من قبلهم » (المجادلة / ٥) « إن الذين يحادون الله ورسوله أولئك في الأذلين » (المجادلة / ٢٠) .

الفرع الثاني فى الحقوق الدولية

الحق لغة واصطلاحاً :

الحق لغة « اسم من اسمائه تعالى والثابت بلا شك قال تعالى « إنه لحق مثل ما أنكم تنطقون » . ويؤسف به فيقال « قول حق » وهو حق بكذا : جدير به والنصيب الواجب للفرد » (المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية — ج ١ ، ص ١٨٦) .

وفى القرآن الكريم استخدام للفظ بمفهومه مثل قوله عز وجل « فليكتب ويملأ الذى عليه الحق وليتق الله ربه » (البقرة / ٢٨٢) وقوله « والذين فى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (المعارج / ٢٤) . وقوله أيضاً « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق » (الاسراء / ٣٣) . وقوله كذلك « خصمان بغى بعضنا على بعض فاحكم بيننا بالحق » (ص / ٢٢) . وقوله « ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق » (ص / ٢٦) .

وأغلب الظن أن المعنى اللغوى للحق كان له انعكاسه على الفهم الفقى للحق وتباين الفقهاء فى التعبير عن ذلك الانعكاس .

فقد عرف البعض الحق بأنه اختصاص حاجز وهم فى ذلك يعرفون الحق بسمته الجوهرية ، ذلك أن الحق هو فى جوهره عبارة عن رابطة بين شخص وشئ أو بين شخص وشخص تمنح صاحبها سلطة استشارية (راجع فتحى الدرينى — الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده أو نظرية التعسف فى استعمال الحق بين الشريعة والقانون ، دمشق ، ١٩٦٧ ، ص ١٨٦) . وهذا يتفق مع الاتجاه الشخصى فى تعريف الحق .

ومن الفقهاء المحدثين من تأثر بالفقه المعاصر فعرف الحق بالمصلحة ، فالحق عندهم مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا ، أو هو مصلحة مستحقة شرعا ، أو هو اختصاص بمصلحة ومنفعة . وهذا يتماشى مع الاتجاه الموضوعي في النظرة إلى الحق . وقد قابل القرافي بين الحق — وهو ما سلفت بيانه — وبين الرخصة فيسأل هل من يملك يعد مالكا أم لا وهل يعد من انعقد له سبب المطالبة بالملك يعد مالكا أم لا . ويصف صاحب الرخصة بأنه « من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتملك » مثل حيازة الغنيمه ، والشركة في الشفعة إذا باع الشفع وتحقق لواحد المطالبة بالتملك في الشفعة ، وحق الفقير في بيت المال . ذلك أن صاحب الرخصة يملك أن يملك ولكنه — على الرأي الذي اعتمدته ليس مالكا . وما أقرب هذا مما يسميه الفقه الغربى Inchoate right (القاعدة ٣٣ من الجزء الثالث من تهذيب الفروق) .

وهكذا نجد أن الفقهاء قد عبروا بالحق عن كل ماهو ثابت ثبوتا شرعيا أى بحكم الشارع وقراره وكان له سبب ذلك حمايته . وهم في استعمالهم لتعبير « الحق » لم يلتزموا معنى اصطلاحيا خاصا لذلك فهم قد يدخلون فيه ما يعد مكنة أو اباحة يسمح بها القانون في نطاق الحقوق الخاصة والعامة ومما يطلق عليه القانونيون أحيانا « رخصة » . (على الخفيف — الحق والذمة ، القاهرة ، ١٩٤٥ ، ص ٤٣ ، وما بعدها) .

وتقرير حق الفرد وحق الجماعة بحكم الشارع يجعل حق كل منهما مقرونا بالواجب بل إن ماهو حق للفرد أو للجماعة هو في نظر الشارع واجب تكليفي مفروض على أحدهما لصالح الآخر . فما هو حق لله وما هو حق للعبد وما هو حق مشترك بينهما كلها أحكام تكليفية وواجبات شرعية (راجع محمد بن يحيى عثمان — حقوق الإنسان بين الشرعية الإسلامية والفكر القانوني الغربى ، دار الشروق ، ١٩٨٢ ، ص ٦٠) .

ويعالج الأصوليون الحق في باب « المحكوم فيه » ولكنهم لا يتفقون على أسلوب واحد في تقسيمه . والشائع هو تقسيم الحق إلى قسمين رئيسين :

١ — حق الله ، وهو ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم فلا يختص به واحد دون واحد ، واضافته إلى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه (ابن مالك ، شرح المنار ، القاهرة ، ١٣٠٨ ، ص ٨٨٦ ، كذا راجع القرافي — الفروق ، القاهرة ، ١٣٤٧ ، ج ٢ ، ص ١٤٠) .

وحق الله بهذا المفهوم هو حق الجماعة ذلك أنه إذا تعلقت الاحكام الشرعية بأفعال المكلفين المقصود بها مصلحة المجتمع عامة فحكمها خالص لله وليس للمكلف خيار فيه وتنفيذه لولى الأمر (راجع عبد الوهاب خلاف — علم أصول الفقه ، ط ٨ الكويت ، ١٣٨٨ ، ص ٢١٠) . وقد لاحظ بعض الفقهاء المعاصرين أن دائرة حقوق الله تعالى في فقه الشريعة الإسلامية واسعة تتلاق مع دائرة القانون العام وتشمل فيما تشمل القانون الجنائي والقانون المالى . وقد عرفها ابن تيمية بأنها الحدود والحقوق التى ليست لقوم معينين بل منفعتها لمطلق المسلمين أو نوع منهم وكلهم محتاج إليها وتسمى 'حدود الله وحقوق الله' ، مثل سائر قطاع الطرق والحكم فى الاموال السلطانية . وهذه تحتاج كما قال ، على من أتى طالب لامارة تقوم بها الحدود وتأمين بها السبل ويجاهد بها العدو ويقسم بها الفىء ، أو بحسب التعبير الحديث هى مسئولية الدولة .

وإذا كان ابن تيمية قد تكلم عن حقوق المسلمين ، فالى لأرى — من الناحية الفنية — مانعاً من أن ينصرف تعريف الحق العام إلى أية جماعة — سواء أكانت مسلمة أم لم تكن مسلمة مادام أن النظرية الإسلامية تقر بها . ومن ثم فإن حقوق الدول وحقوق الوحدات الشبيهة بالدول وكذا الجماعات ذات الكيان القانونى — مثل حركات التحرير — يمكن فى القول الذى اذكيه — أن تندرج تحت هذه الفئة من الحقوق .

٢ — حق العبد ، وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة ، فهو إذن حق للفرد لان « المقصود بها مصلحة المكلف خاصة ولذا فإن حكمها حق خالص للمكلف وله فى تنفيذه الخيار » (خلاف — المرجع السابق ، ص ٢١١) . وهذه الحقوق تدخل فى دائرة القانون الخاص .

ولما كانت بعض الحقوق قد تختلط فيها المصلحة إذ يقصد بها مصلحة المجتمع والمكلف معا ، فإن حكمها يدور بين القسمين السالفين فيكون حكمها كحكم ما هو حق خالص لله إذا كانت مصلحة المجتمع فيها أظهر لأن حق الله فيها غالب ، ويكون حكمها كحكم ما هو خالص للمكلف إذا كانت مصلحة المكلف فيها أظهر لأن حق المكلف فيها غالب كمال اليتيم والوفاء بالكيل والميزان بالقسط (ابن تيمية — الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ، القاهرة ، ١٣٨٧ ، ص ٣٣ — ٣٤ ، ٨٠) . وعندى أن مانسميه بحقوق الفرد أو الإنسان تدخل في هذا القسم المشترك وإن أخذت حكم حق العبد لأن مصلحة الفرد فيها هي الغالبة .

ولكن الماوردى يضيف إلى القسمين السالفين قسما ثالثا — وهو بصدد التفرقة بين حقوق الله وحقوق العباد — بالنسبة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر — فأما الأمر بالمعروف فينقسم إلى ثلاثة أقسام : فأما المتعلق بحقوق الله عز وجل فضربان أحدهما ما يلزم الأمر به الجماعة دون الأفراد كترك الجمعة في وطن مسكون ... وأما ما يأمر به آحاد الناس وأفرادهم كتأخير الصلاة حتى يخرج وقتها وأما الأمر بالمعروف في حقوق الآدميين فضربان : عام وخاص فأما العام فكالبلد إذا تعطل شراؤه أو استهدم سوره ... وأما الخاص فكالأحقوق إذا مطلّت والذيون إذا أنكرت ... وأما الأمر بالمعروف فيما كان مشتركا بين حقوق الله تعالى والآدميين فأخذة الأولياء نكاح الأيام من أكفائهن إذا طلبن ..

وأما النهي عن المنكرات فينقسم إلى ثلاثة أقسام : فأما النهي عن حقوق الله تعالى فعلى ثلاثة أقسام : المتعلق بالعبادات كالتقاصد مخالفة هيئاتها المشروعة والمتعمد تغيير أوصافها المسبوبة ... ثم ماتعلق بالمحظورات (من النهي عن المنكر في حقوق الله تعالى) وهو أن يمنع الناس من مواقف الريب ومكان التهمة ... وماتعلق بالمعاملات المنكرة (من النهي عن المنكر في حقوق الله تعالى كالزنا والبيع الفاسدة ... وأما ما ينكر من حقوق الآدميين المحضة فمثل

أن يتعدى رجل في حد جاره أو في حريم لداره ... وأما ما ينكر من الحقوق المشتركة بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين فكالمنع من الاشراف على منازل الناس ولا يلزم من علا بناؤه أن يستر سطحه وإنما يلزم إلا يشرف على غيره ..

والمستفاد من قول الماوردي هذا أنه اضاف في تقسيم حقوق الآدميين بصدد الأمر بالمعروف تقسيمها إلى حقوق عامة « كالبلد إذا تعطل شربه » وحقوق خاصة « كالحقوق إذا مطلّت » . وهذه أهمى حقوق الافراد . وتمثل هذا الاضافة من الماوردي أهمية خاصة في دراستي هذه لأننى أراها أكثر دقة في تصنيف الحقوق والحريات الاساسية للأحاد إذ تدخل تحت مسمى الحقوق العامة للآدميين .

والطريف في شرح الماوردي أننا نستطيع أن نبني عليه القول بأن النظرية الإسلامية تقر فكرة القواعد الآمرة أو قواعد النظام العام والآداب فقد عبر عن ذلك بطريقته الخاصة وهو بتكلم عن المعاملات المنكرة مما يتعلق بحقوق الله تعالى في صدد النهي عن المنكرات . ولذا جعل لوالى الحسبة انكارها والمنع فيها والزجر عليها وأمره في التأديب يختلف بحسب الأحوال وشدة الخطر .

كذلك يمكن أن نقرر بأن الماوردي قد مس الجانب الاجتماعى للحق وهو يعرض لحقوق الافراد بحيث يمكن أن ندعم برأيه هذا نظرية « التعسف في استعمال الحق » (الماوردي — الاحكام السلطانية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٢٤٣ — ٢٥٨) . وذلك استنادا إلى رأى الشاطبى — الذى أؤيده — من وجوب النظر إلى النية ، في استعمال الحقوق جميعا . وتوضيحه أن الحق والاذن الشرعى إنما اقره الشارع لغاية وحكمة فإذا استعمل في غير هذه الغاية وبتقصد الاضرار بالغير وجب أن يلغى الاذن الشرعى وأن يمنع استعمال الحق على هذا الوجه .

ومن الأصوليين من أخذ بالاباحة الأصيلة فما لم يرد به أمر ولا نهى فهو مباح ، واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى (هو الذى خلق لكم مافى الأرض

جميعا » (البقرة / ٢٩) ، « وسخر لكم مافى السموات ومافى الأرض جميعا منه » (الجاثية / ١٣) . ومن الأصوليين من جعل العفو مرتبة متميزة بين الحلال والحرام وقد أوغل فى هذا الأصل الإمام بن حزم رحمه الله » (محمد فتحى عثمان — المرجع السابق ، ص ٤٠) .

وقد خلص الشاطبى فى كتابه « الموافقات » ، إلى أن تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها فى الخلق وهذه المقاصد لاتعدو ثلاثة أقسام : ضرورية ، وحاجية ، وتحسينية . والضروريات هى أهم المقاصد وتليها الحاجيات ثم التحسينيات .. وعلى هذا فالاحكام الشرعية التى شرعت لحفظ الضروريات أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة وتليها الاحكام التى شرعت لتوفير الحاجيات ثم الاحكام التى شرعت للتحسين والتجميل .

وقد عقد المعز بن عبد السلام فصولا سبعة « فى تقديم حقوق الله بعضها على بعض عند تعذر جمعها وعند تيسره لتفاوت مصالحها ، فيما يتساوى من حقوق الرب فيتخير فيه العبد ، فيما يختلف فى تفاوته وتساويه من حقوق الله لاختلاف فى تساوى مصلحته وتفاوتها ، فيما يقدم من حقوق العباد على بعض لترجح التقديم على التأخير فى جلب المصالح ودرء المفسد ، فيما يتساوى من حقوق العباد فيتخير المكلف جمعا بين المصلحتين ودفعاً للضررين ، فيما يتقدم من حقوق الرب على حقوق عبادته احسانا اليهم فى أخراهم فيما يتقدم من حقوق العباد على حقوق الرب رفقا بهم فى دنياهم ... ومثال ذلك الاعذار المبيحة للتلفظ بكلمة الكفر وتأخير الصيام بالأمراض والاسفار » (المعز بن عبد السلام — قواعد الأحكام ، ج ١ ، ص ١٦٨ — ١٧٠) .

وقد اعتبر الفقهاء أوامر السلطان — أى ولى الأمر — مرعية ونافذة شرعا حتى ولو تضمنت تقييد مطلق أو منع جائز فى الأصل أو ترجيح رأى فقهى مرجوح مادامت تستند إلى مصلحة يرجع إلى ولى الأمر فى تقديرها ولكنى لا أراها كذلك إذا أجازت ممنوعا مالم يكن لضرورة إذ لاطاعة المخلوق فى معصية .

وأخذنا بما قدمت فإن على الفرد أن يلتزم بالحق العام كما أن على الجماعة أن تلتزم بالحق الخاص . وإضيف إلى ذلك أن على الجماعة أن تحترم الحق العام لجماعة أخرى كما أن على الفرد أن يحترم الحق الخاص لفرد آخر . وهكذا فإن على الدول أن تحترم كل منها مالدول الأخرى من حقوق ، وينصرف هذا الالتزام إلى الحقوق التي تتمتع بها الوحدات القانونية الدولية الأخرى مثل حركات التحرير أو حقوق الأقليات . وارتباط الحق العام بالشارع لايعنى تحكما أو تعسفا وإنما هو تأكيد للحق وتوثيق فهو بوصفه حقا مقررًا من قبل الله يفرض واجب احترامه على المؤمنين أفرادا وجماعات ، وتلك لها حكمة كبرى في عقيدتي لأن صاحب هذا الحق العام شخص معنوى وليس شخصا طبيعيا يستطيع أن يناقش حقوقه أو يدافع عنها عند انتهاكها .

. ومن الآيات الجامعة للحقوق والواجبات أسوق قوله سبحانه وتعالى « قل تعالوا أتمل ما حرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا ولا تقتلوا أولادكم من املاق نحن نرزقكم وإياهم ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا الكيل والميزان بالقسط لا تكلف نفسا إلا وسعها وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قرنى وبعهد الله أوفوا ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون . وإن هذا صراطي مستقيما فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون » (الانعام / ١٥١ — ١٥٣) . ويقرر العز بن عبد السلام أن اجمع اية في القرآن للبحث عن المصالح كلها والزجر عن المفاسد كلها قوله تعالى « إن الله يأمر بالعدل والاحسان وإتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » (النحل / ٩٠) .

الحقوق الأساسية :

يدور القانون في محتوياته — كما هو معلوم — على موضوع الحقوق والواجبات بيد أن من هذه الحقوق والواجبات فئة ممتازة هي التي تستهمننا في

دراسة تتوخى الانكار العامة والمبادئ الكلية . تلك هي الحقوق المسماة بالحقوق الاساسية .

ويناقش القانون الدولي المعاصر نوعين من الحقوق الاساسية : (١) الحقوق الاساسية للدول أى المتعلقة بالدول فحسب بوصف أن الدولة هي الشخص الرئيسى للقانون الدولى . ويختلف الفقهاء حول تلك الحقوق الاساسية فمنهم من يتحمس لاقرار الفكرة ومنهم من يقف موقف المعارضة للدجوجة . وأيا كان الأمر فإن الجماعة الدولية تولى اهمية بالغة لفكرة الاعتراف بحقوق اساسية كقاعدة جوهرية للصلات السلمية بين الدول إلى حد أن الجماعة الدولية — ممثلة فى الامم المتحدة — حاولت أن تجمع تلك الحقوق والواجبات الاساسية فى قائمة . وبغض النظر عن القيمة الحقيقية لتلك القائمة فإن القانون الدولى الوضعى يقر بعدد من الحقوق والواجبات التى تملك الدول — بواقع عضويتها فى الجماعة الدولية — أن تدعيها .

ويعتبر فاتيل — من بين سابقيه ومعاصريه — هو الفقيه الذى استقطب مذهبه — فى شأن ما اسماه الحقوق الاساسية للدول — أفكار الفقهاء السياسيين خلال القرنين الماضيين . بيد أن القرن العشرين أهل على الفكر الدولى وقد انقسم إلى فريقين : فريق يعتبر أن الحقوق الاساسية حقوق لاغنى عنها للدول بذاتها إن هى ارادت البقاء ، وفريق يتمسك بان الحقوق الاساسية هى فى الواقع قاعدة القانون الدولى أو مبادئه الاساسية .

ويبدو أن الخلاف الخاص يرجع إلى اختلاف الفقهاء حول المصدر الملزم للقانون الدولى . ومن هنا يمكن أن نصنف المعطيات الاساسية فى القانون الدولى إلى صنفين : حقوق مطلقة ، وحقوق تثبت بعد أن يعترف بها . ويتفق كثير من الفقهاء على أن الحقوق المطلقة تجتمع فى خمسة هى : حق البقاء ، وحق الاستقلال ، وحق المساواة ، وحق الاحترام ، وحق ممارسة التجارة الدولية . ويختصرها البعض إلى أقل من ذلك ويزيدها البعض الآخر إلى أكثر .

وإذا ألقينا نظرة على التعداد الخماسي للحقوق الأساسية — دون التورط في الفلسفة التي بنى عليها ودون الدخول في تفاصيل يضيق عنها هذا المقام — نجد أن المعطيات الأساسية في القانون الدولي تخلص في حقين : حق البقاء وحق المساواة . وفي عقيدتي أن النظرية الإسلامية تقرر الحقين على نحو افصله بعد قليل .

(٢) الحقوق الأساسية للأفراد والشعوب — التي بلغ من تطورها اليوم أن أصبحت تندرج ضمن فرعين ثانويين من فروع القانون الدولي حيث نتكلم عن حقوق الأفراد وحدها وحقوق الشعب وحدها وإن كنت قد فضلت إجماع هذه الحقوق تحت مسمى « القانون الإنساني »^١ لأميز بينها وبين « القانون الإنساني » .

كلمة حق : (القانون الإنساني والقانون الإنساني في المفهوم الإسلامي) :

الحق أنه وإن كان السلام روح الإسلام إلا أن السلام ليس هو الحقيقة الوحيدة في الاجتماع البشري الذي يعرف كذلك — وبضراوة-التنافس والتناحر ، وفي هذا اذكر القول القرآني الكريم « ولولا دفع الله الناس بعضهم لبعض لهدمت صوامع وبيع صلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيرا ولينصرن الله من ينصره إن الله لقوى عزيز » (الحج / ٤٠) ، وإذن فدفع الباطل وكشف شر قوم عن غيرهم بما خلقه الله وقدره من الأسباب هو درء للمفسدة ومجلبة للخير . ومن بين صور هذا الدفع يذكر القرآن الكريم القتال « كتب عليكم القتال وهو كره لكم وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم والله يعلم وأنتم لا تعلمون » . فإذا كان القتال حقيقة من حقائق الحياة وبشأننا من شؤون الدنيا فما أخرى الإسلام — وهو دين ودولة — بأن ينظم أموره ويرتب أحكامه . بل لقد كان الإسلام أول هدى أضاء السبيل أمام بشرية بربرية هوجاء تجعل من الحرب عديلا للإبادة وبديلا للتخريب ولا ترعى في العدو إلا ولاذمة .

لقد كانت الحنيفة السمحاء النقلة الكبرى التي خرجت بالناس من ظلمات الافكار اليونانية والرومانية عن الحرب مع الاعداء إلى نور ملاً الارضاء يقر للعدو بحقوق ويضمن للمحارب حمايات . ولم تكن هذه النقلة كبرى بالقياس إلى وحشية الحروب التي عرفها العصر الاغريقي الروماني بل إنها لازالت كبرى بالقياس إلى مانشهده اليوم بعد جهود اربعة قرون سلخها القانون الدولي المعاصر في محاولات لهدئة أهوال الحرب وتخفيف ويلاتها ، ويختار بعض الفقهاء للقواعد التي اسفرت عنها هذه المحاولات — وأنا منهم — مسمى — القانون الإنساني « نسبة إلى الإنسانية » .

وواضح مما اسلفت أن القانون الدولي الإنساني لا يمكن أن يؤدي دوره إلا إذا وفق بين المتناقضين : اعتبارات الإنسانية ومتطلبات الضرورة . فالإنسانية تشده إلى التوادد والتراحم والضرورة تدفعه إلى القوة والتراحم . وينجح القانون الدولي الإنساني في تحقيق أهدافه وغاياته بقدر ماينجح في التوفيق بين هذه المتناقضات ، وقد لخص الرسول الكريم ﷺ هذا الدور للقانون الدولي الإنساني الإسلامي في حديثه الشريف « أنا نبي الرحمة وأنا نبي الملاحمة » ، فقرن الملاحمة بالرحمة وقدم الرحمة على الملاحمة حتى يقر في قلب المقاتل المسلم بأنه يد العدالة وليس سيف النذالة . وقد كان الرسول الكريم دقيقاً في اختيار اللفظ فهو عندما اختار الرحمة قصد التعبير عن التعاطف والتراحم في علاقات متبادلة ولذلك فضل الرحمة على الملاحمة . أما الملاحمة وإن كانت تعني القتال الشديد والمعركة العظيمة إلا أن في معناها القتال في الفتنة وليس مجرد القتال فدل بذلك على أن ملحمته ليست ملحمة الغلبة والسلطان وإنما هي ملحمة درء الفتن وتحقيق الأمان . وفيها أيضاً معنى الاصطلاح ففي اللغة لحم الأمر إذا أحكمه واصلحه وتلك هي غاية القتال في الإسلام وهي أيضاً ضابط يضبط سلوك المحارب المسلم . وفي هذه المعاني السامية تلتقي الرحمة مع الملاحمة . بيد أن هذا القانون الإنساني جزء من دراسات قانون الحرب والذي يستهنا هنا هو قانون السلام ولذا فإن اكتفى بما قدمته توضيحاً للفرق بين القانون

الإنسانى والقانون الانسانوى وأصرف الجهد إلى تصورات القانون الإنسانوى
فى النظرية الإسلامية التى أعرض لها بعد قليل .

ذلك أن القانون الإنسانوى — نسبة إلى الإنسان — هو قانون الحقوق
الأساسية التى يتمتع بها الإنسان — ومن فى حكمه من اشخاص القانون
الاعتبارية — وقت السلم وتمثل أساساً فى ثلاث مجموعات :

١ — الحقوق الأساسية للدول .

٢ — الحقوق الأساسية للأفراد .

٣ — الحقوق الأساسية للشعوب .

١ — الحقوق الأساسية للدول :

١ — حق البقاء :

إن بقاء الدولة الإسلامية هو بقاء للدين وصيانتها لذاتها صيانة لاداة التبشير
بالدعوة الإسلامية وحمايتها من المعتدين . ذلك أن مهمة الدولة الإسلامية هى
نشر كلمة الله . ولذلك يحث الإسلام الدولة الإسلامية على أن تكون دائماً فى
منعة حفاظاً على كيائها ودعمها لبقائها وفى أدب ذلك يقول تعالى « وأعدوا لهم
ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من
دونهم لاتعلمونهم الله يعلمهم » (الانفال / ٦٠) .

والرأى عندى أن كل مايقول به الفقه الدولى المعاصر حول حق البقاء يمكن
أن تتقبله النظرية الإسلامية إذ لاشك أن أول مايشغل بال الدولة هو حرصها
على سلامتها من خيث أن هذه السلامة هى مفتاح أى حق آخر يمكن أن
ندعيه ، ولذا فإنى ممن يرون أن هذا الحق هو مصدر الحقوق الأخرى . فحق
البقاء — كما عرفه قائله — هو حق الدولة فى أن تفعل كل ما هو لازم لبقائها .
ولكن هذا الحق النظرى لا يمكن بداهة أن يصبح حقيقة واقعة إلا إذا دعمته
قدرة قادرة على حماية الدولة فى مجتمع يؤمن بأن السيف أصدق إنباء من
الكتب . لهذا حاول بعض الفقهاء أن يضعوا لهذا الحق قيوداً تقيد من ممارسته

فكان القيد هو الضرورة لأن الدولة إذا لم تتمكن من حماية ذاتها ضد وضع يهدد بقاءها في ظروف الضرورة الملحة كان ذلك بمثابة السماح بتفويض دعائها . ولذا فإن الضرورة هنا تسمح بأن تسود المصلحة على القانون طبقاً لمبدأ سلامة الأمة فوق سلامة القانون .

والقصد من تقييد حق البقاء بشرط الضرورة ضبط سلوك الدولة حتى لا تصيب دولة بريئة باسم « حق البقاء » إلا إذا كانت مصالح الدولة البريئة أقل نسياناً من الأضرار التي كان يمكن أن تصيب الدولة الأخرى لو أن حق البقاء أنكر عليها في حالة الضرورة ..

ونظراً لأن حق البقاء بمسماه العام هذا قد يبدو فضفاضاً إلى حد يصعب فيه أن يكتسب مادولاً قانونياً دقيقاً فإن البعض يتجه إلى تسميته بحق صيانة الذات . وتبعا فيمكن أن نسير على أن حق البقاء وحق صيانة الذات صنوان . وحق صيانة الذات نيط به حق الدفاع عن الذات أو ما جرت العادة على تسميته بحق الدفاع الشرعى . وهذه كلها حقوق تثبتها آيات القرآن الكريم « ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (البقرة / ١٤١) « وإن أعاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » (النحل / ١٢٦) « وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء » (الأنفال / ٥٨) ، « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت بيع وصوامع وصلوات » (الحج / ٤٠) .

وعن حق الدفاع الشرعى كلام مستفيض في الفقه الإسلامى أحيل إليه .

— حق المساواة :—

يمكن أن أقول إن حق المساواة — في معناه المطلق المجرد — يعنى أن تساهم الدول في الجماعة الدولية بالحقوق ذاتها فلا يكون لأياها ميزة على الأخرى — والحق أن المساواة بين الدول — في معناها الدقيق — ليست حقاً منفصلاً بذاته بقدر ما هي خصيصة للنظام الدولى جميعه بمجملته وواجباته ، ولذا يجب أن ننظر إليه من هذه الزاوية . وقد هاجم البعض حق المساواة على

أنه يعوق تقدم القانون الدولي . وسعى آخرون إلى التوفيق بين النظر والعمل ففرقوا بين المساواة القانونية والمساواة السياسية ، في الوقت الذي ظل فريق ثالث على التمسك بالمبدأ كشرط جوهري لنظام دولي عادل .

والقول عندى إن حق المساواة في العلاقات الدولية — لاسيما بشكلها الراهن — يعنى المساواة في حد أدنى من الحقوق وليست المساواة في الحقوق جميعا فما هو لازم وضرورى لبقاء الدول من مظاهر للمساواة تتساوى فيه الدول وماعدا ذلك فلا التزام فيه بالمساواة بين الدول . ولذا فإن النظرية الإسلامية — وكذا النظرية المعاصرة — تعرف حالات من عدم المساواة تقرها الاحكام العامة لان المساواة فيها قد تهز سلامة كيان الجماعة الدولية فنجد مثلا في التنظيم الدولي أن حفظ السلم والامن الدوليين يتطلب القاء مزيد من التبعة على الدول الكبرى الأمر الذى يلزمه اخفاء مزيد من الحقوق المقابلة على تلك الدول — وهذه هى الفلسفة من وراء تحمل الدولة الإسلامية للمسئولية . عن أمن دول الصلح أو دول العيد . كذلك قد تستدعى الاعتبارات الاقتصادية أن تميز الدول الراهية على الدول النامية وينعكس هذا بوضوح في المنظمات الاقتصادية ، وهذه نظرة تتوقعها الاحكام الإسلامية وتفهم من قوله عز وجل « أن تكون أمة هى أرى من أمة » (النحل / ٩٢) . وقد تقرر مبدأ المساواة في الإسلام بالحديث الشريف « كلكم لآدم وآدم من تراب » .

وهذا يمازكاه قول المولى عز وجل « يا ايها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم » (الحجرات / ١١) . كما نجاء في الاثر « رب اشعث أغبر ذى ضميرين لا يؤبه له لو اقسم على الله لأبره » . ورؤى مسلم عن ابى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله لا ينظر إلى صوركم إموالكم ولكن ينظر إلى قلوبكم وأعمالكم » .

كذلك تتضح المساواة في أن الله قسم الناس شعوبا وقبائل للتعارف وليس للتعالي « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » ، فإن المتعالي لن يخرق الارض ولن يبلغ الجبال طولا .

ولعل أكثر الآيات تأكيداً لحق المساواة بين الدول — المسلمة وغير المسلمة — هي قول العلي الكريم « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً » (آل عمران / ٦٤) ، ان الآية الكريمة قد وضعت أساساً للمعاملة السواء بين المسلمين وغير المسلمين ، ذلك هو الاقرار بوحداية الله وعدم الشرك به وجعلت بذلك الارتفاع إلى مستوى معين من الحضارة — هي الوحداية — شرطاً لعضوية الجماعة الدولية على قدم المساواة . وهذا يمكن أن يقارن بالفقه الغربي عندما اشترط — إلى عهد غير بعيد — الحضارة المسيحية متطلباً لدخول الجماعة الدولية ، وهي مقارنة تقف إلى جانب النظرية الإسلامية التي تبدو أكثر تسامياً وأعمق منطقاً . ومع ذلك فإن المدرسة المالكية لا تشترط حتى هذا الشرط لاقامة علاقات سلمية على أساس المساواة بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية ، الأمر الذي ينتهي بها إلى القول بأن النظرية الإسلامية يمكن أن تقبل الوحدات السياسية المختلفة ضمن جماعة دولية على أساس الاقرار لها بمبدأ المساواة (قارن فؤاد عبد المنعم احمد — مبدأ المساواة في الإسلام ، رسالة للدكتوراه قدمت لجامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٢ ، وهي لاتعالج المساواة في القانون الدولي بل فقط في الدستورى كما أنها تعتمد أحياناً في تحليل المساواة على أرهاق لبعض النصوص) .

الحقوق والحريات الأساسية للأفراد والجماعات (القانون الانسانى) :

قلت من قبل وأكرر الآن إن الحرية هي سماح إذا اعتدى عليه ينشأ .
للضحية حقاً وهذا هو الفرق بينها وبين الحق بمفناه الفني الدقيق : ولذا فإن
الكلام عن القانون الانسانى ينصرف عادة إلى جمع الحقوق والحريات معا
تحت معالجة واحدة .

ولعل أهم المواثيق الدولية التي تحتوى تلك الحقوق والحريات الأساسية هي :

أ — الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى صدر فى ديسمبر سنة ١٩٨٤ .

بـ — العهد الجديد بشأن الحقوق المدنية والسياسية ، وقد صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة وأرفق به لحق اختيارى بشأن شكاوى الافراد من المساس بحقوقهم المقررة فى الوثيقة .

جـ — العهد الدولى بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، وقد صدر كذلك عن الجمعية العامة للأمم المتحدة . وصدر العهدان السالفان فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ ودخلا طور التنفيذ فى ١٥ يوليو سنة ١٩٦٧ .

هذا عدا عيمود دولية اقليمية مثل الوفاق الاوروبى لحماية حقوق الإنسان والميثاق الافريقى بحقوق الافراد والشعوب .

وأحب هنا أن انبه إلى أنسى قد عنونت هذا الشطر من الدراسة بعنوان « الحقوق والحريات » ، والفرق بين الحقوق والحريات فيما اعالجه تحت هذا العنوان هو أن الحريات الاساسية كما قدمت — عبارة عن رخص أو اباحات ، أى مكنت يعترف بها بالقانون للناس كافة أو للجسماعات ، دون أن تكون محلا للاختصاص الحاجز ، يد أنها تؤكد حقا قانونيا إذا اعتدى عليها . مثال ذلك حرية التملك فهى فى ذاتها رخصة أما التملك ذاته فحق (عبد الحكيم العيلى — الحريات العامة فى الفكر والنظام السياسى فى الإسلام ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ١٧٦ — ١٧٧) . فلا عجب إذن أن نعتبر أن قانون تلك الحقوق والحريات مستمد من السنن (قوانين الفطرة أو قوانين الطبيعة) . لأنها لم تؤخذ من تقاليد متواضع عليها ، ولا من قواعد محدودة فى كتاب بل مصدرها سنة الله التى لانجد لها تبديلا (قارن عمر ممدوح مصطفى — القانون الرومانى ، ط ٣ ، القاهرة ١٩٥٩ ، ص ١٦) .

أعود. بعد هذه المقدمة إلى معالجة كل من شتى الحقوق والحريات الأساسية — الجماعية والفردية — على حدة بكلمة عاجلة. أما عن الحقوق الجماعية — أو حقوق الشعوب — فقد تناولها القسم الأول من العهد الدولى

بشأن الحقوق المدنية والسياسية ، كما عاجلها الميثاق الافريقى لحقوق الإنسان والشعوب .

يبد أن تقرير حقوق للشعوب يثير تساؤلا حول الحامل الحقيقى لتلك الحقوق لأن حامل الحق لابد أن يكون ذا أهلية . ولما كان الكثيرون ينكرون على الشعب تمتعه بالاهلية القانونية فانهم يرون أن الفرد الطبيعى هو الذى يمارس تلك الحقوق فحقوق النقابات مثلا تنفرد عندهم إلى حقوق يمارسها الافراد فى معنى حق هؤلاء الافراد فى تكوين النقابات وممارسة النشاط النقابى . ويقابل تلك النزعة نزعة أخرى تقرر للشعب باهلية قانونية تجعله صالحا لكسب تلك الحقوق ولذا فانهم يفرقون بين تمتع الفرد بحق بعينه وبين تمتع الشعب بالحق ذاته فالحق فى الرفاهية مثلا يعنى بالنسبة للفرد حقه فى أن يسهم فى مقومات الرفاهية دون عائق من جنس أو عرق أو دين أما بالنسبة للشعب فيعنى حقه فى أن يسأل الدول تقديم المعونة المتابعة سياسته فى التنمية

والاعتراض على حقوق الشعوب من حيث أنها لا تتمتع بالاهلية قد تكون له وجاهته ، بيد أن هناك أوضاعا يتمتع فيها الشعب بكيان قانونى ذاتى يضىف عليه أهلية قانونية . وتلك الأوضاع هى عندما تتوافر للشعب — أو لمجموعة منه — عوامل مشتركة توحد بين أفراده وتلفهم فى كيان متكامل موحد للغايات وعندئذ يصبح هذا الشعب — بالتعبير الحديث — أمة ذات اهلية . والاعتراف للامة باهلية قانونية ليس من الأمور المجمع عليها فقها بيد أن عهد العصبة قد فصل فى الأمر وأقر فى المادة / ٢٢ الخاصة بالانتداب ، بأن هناك أمة مستقلة أى أمة ذات اهلية قانونية دولية . ويشهد على ذلك رأى — قوله عز وجل « وقطعناهم فى الأرض أمة منهم الصالحون ومنهم دون ذلك » (الاعراف / ١٦) .

وأغلب الظن عندى أن الرسول قد صدر عن فكرة الأمة المستقلة عندما أعد « الصحيفة » (عهد المدينة) ، فقد وصف المؤمنين والمسلمين من قريش ويثرب ، من تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم بأنهم « أمة واحدة من دون

الناس» . وأن «يهود بنى عوف أمة مع المؤمنين» وهكذا تحطت «الصحيفة» بهذه النصوص نظام القبيلة البدوى الذى فتت وحدة العرب ودمجت المسلمين فى أمة دون الناس . وقد أكد القرآن الكريم هذا المعنى فى قوله تعالى «كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله» (آل عمران / ١١٠) .

ولم تستبعد «الصحيفة» من مدلول الأمة الفئات التى لم تعتنق الإسلام بيد أن درجة الانتماء إلى الأمة الإسلامية كما حددتها الصحيفة كانت تتفاوت فقد فرقت بين أصحاب الحق الكامل وبين غيرهم من تابع ونزيل .

ولما كان المنطقى بالنسبة للامة التى تتشكل فى هذا الكيان القانونى أن تأمل تطور كيانها إلى دولة لأنها وقد استكملت بهذا التشكيل العنصرين الاجتماعى والمادى فلا يبق لها إلا توافر العنصر السياسى لكى تغدو دولة . ومن ثم فإن أول حق يمكن أن نقر به لمثل تلك الامة هو حق تقرير المصير فإن سعت إلى ذلك وتحقق لها معقباتها سلما فيها ونعمت وإلا كان لها أن تمتشق الحسام لبلوغ المرام وهذا يدخل فى مفهوم التحرير وتبعاً فإن حركة التحرير هى القرين المكين لآمال الامة فى الاستقلال .

وحيث أن الاستقلال السياسى يبدو خاوياً لو أن الأمة جردت من ثرواتها أو حرمت من مواردها ، فقد اقترنت الدعوة إلى كسر قيود الاستعمار وفك الالم من الإلزام بتقرير حقها فى التصرف بحرية فى ثرواتها ومواردها الطبيعية .

وإذن فإن للامة حقين :

- ١ - حق تقرير المصير وماقده يواكب ذلك من حركة تحرير .
- ٢ - حق التصرف فى ثروتها ومواردها الطبيعية .

فإذا بدأت بحق تقرير المصير نجد أن القومية التى نفذت إلى السياسة تؤكد أن القومية والدولة يجب أن يلتقيا لرسم حدود السلطة السياسية . بيد أن التصور الإسلامى لحق تقرير المصير هو تصور عقيدى اسلامى بمعنى أن اللقاء

بين القومية السياسية والدولة يقابله لقاء بين القومية الدينية — إن صح التعبير — وبين الدولة وهذا الحق يقتضى عندى أن احدد اوصاف حق تقرير المصير حسب النظرية الإسلامية فيما يلي :

(١) حق الأمة الإسلامية — أو اجزاء منها — إذا كانت تحت حكم غير إسلامي في أن تقرر مصيرها « ولائونها ولا تخزنوا وأنتم الأعلون » ، (آل عمران / ١٣٩) ، « أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وإن الله على نصرهم لقدير الذين أخرجوا من ديارهم بغير حق إلا أن يقولوا ربنا الله » (الحج / ٣٩ ، ٤٠) .

(٢) حق الأمة الكتابية أو اجزاء منها — إذا كانت تحت حكم ملحد — في أن تقرر مصيرها . لان من أهل الكتاب أمة خير فلا يترك أمرها لمن لا يخاف الله ولا يرحمها .

ولهذه الامم وهى بصدد ممارستها لحق تقرير المصير العقيدى — أن ترفع السيف إذا ما حيل بينها وبين تقرير مصيرها . والقرآن الكريم يعزز ذلك الحق — حسب مفهومي — في قوله تعالى « ومالكم لا تقاتلون في سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها واجعل لنا من لدنك وليا واجعل لنا من لدنك نصيراً الذين آمنوا يقاتلون في سبيل الله والذين كفروا يقاتلون في سبيل الطاغوت فقاتلوا أولياء الشيطان إن كيد الشيطان كان ضعيفا » (النساء / ٧٥ — ٧٦) ، ولكن هل يجوز للدولة الإسلامية أن تعين الفئة الكتابية في ممارستها لحركة تحريرها في نطاق ما اسلفت ؟ الرأي عندى جواز ذلك لان الله تعالى يقول في حق هؤلاء « ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله اناء الليل وهم يسجدون » (آل عمران / ١١٣) إن هذه الفرقة من أهل الكتاب الذين « يؤمنون بالله واليوم الآخر . وأمرؤن بالمعروف وينهون عن المنكر ويسارعون في الخيرات » هم الذين قال فيهم الخالق الكبير « وأولئك من الصالحين » . وتبعا فإن نصرة هؤلاء على اعداء الله المنتشعين لماديات الحياة هو من قبيل البر بهم وقد امر الله بقتال ائمة الكفر فانهم لا ايمان لهم .

ويزكى قولي هذا أن الرسول ﷺ أثنى على حلف الفضول الذى شهده قبل بعثته فى دار ابن جدعان وهو حلف يستهدف تضامن المتحالفين جميعا مع المظلوم ضد ظالمه وقال إنه لو دعى به فى الإسلام لاجاب . ذلك أن تجاوب الرسول مع حلف عقده غير المسلمين مراعاة لاشتراك الحلف فى المذكور فى بعض اهداف ومقاصد النظرية الإسلامية هو الذى يستهنا هنا فى استنباط الحكم الشرعى ، والحكم فيما ارى هو أن تعين الدولة الإسلامية أمة غير اسلامية على أن تنتزع ذاتها من ربة دولية تعتدى على الدين . وهنا أحب أن انه إلى أننى استخلصت هذا الرأى من قبل البريكالكتائين وقد أمرنا الله به « لانهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم » (الممتحنة / ٨) . والبر غير التوادر الذى نهى عنه المسلمون ، والمودة هى كثرة الحب . يقول تعالى « ياايها الذين آمنوا لاتتخذوا عدوى وعدوكم أولياء تلقون اليهم بالمودة وقد كفروا بما جاءكم من الحق يخرجون الرسول وإياكم أن تؤمنوا بالله ربكم إن كنتم خرجتم جهادا فى سبيل وابتغاء مرضاتى تسرون اليهم بالمودة وأنا أعلم بما اخفيتم ومااعلنتم ومن يفعله منكم فقد ضل سواء السبيل » (الممتحنة / ١) .

فإن كان الأمر علاقة بين الدولة الإسلامية وبين شعوب كتابية فإنه لايجز عن أحد فرضين فاما أن هذه الشعوب منفصلة فى اقليمها وهى لاترتبط وقتئذ بالدولة الإسلامية إلا عن طريق عهد يبرم بين الطرفين وعندئذ تكون محاولتها لتقرير مصيرها نقضا للعهد بينها وبين الدولة الإسلامية كشعب مثلا فى دار الصلح ، وأما أن تكون جزءا من شعب الدولة الإسلامية وعلى اقليمها وهنا تخضع لاحكام الذمة ومن ثم فإن محاولاتها للخروج عن طاعة الدولة تعتبر انفصالا وليس تقريبا للمصير والانفصال صورة يرفضها القانون الدولى المعاصر كما ترفضها النظرية الإسلامية .

أما إذا كانت الشعوب الكتابية تحت نير دولة اخرى فإن كانت هذه الدولة كتابية ايضا فإن النظرية الإسلامية تقف محايدة حيال محاولات التحرر التى

تجربى فى داخل تلك المنطقة مادام أنها لاتمس صالح الإسلام والمسلمين. وإن كانت الدولة المسيطرة دولة ملحدة أو مشركة فإنى أرى أن للدولة الإسلامية أن تمد يد العون للشعب الكتانى كى يتحرر من تلك السيطرة حتى يخلص بدينه وعقيدته لان الله دعى المسلمين إلى أن يبروا بالكتابين المسالمين فى الدنيا وترك أمر حسابهم لقدرته العالية فى الآخرة .

وأعود فأقول إن مدرك تقرير المصير يشير إلى أن كل أمة تتمتع بسيادة كاه - فيها ويمكنها أن تمارسها إذا ارادت فهو إذن مزيج من الديمقراطية والقومية أم . وقد أصبح تقرير المصير نظرية تنتمى إلى طبيعة الدولة ذاتها فإن ذلك جعل من المدرك فكرة تحتل مكانا من اهتمام الجماعة الدولية .

إن الحق فى الاستقلال الوطنى — الذى أصبح يعرف فى الحرب العالمية الأولى بتقرير المصير — كان يعنى فى عمومته أن لكل أمة حقا فى أن تكون مستقلة وأن تحدد لذاتها نظام حكمها . فلما نشبت الحرب العالمية الثانية عادت إلى مبدأ تقرير المصير حيويته وأشار إليه ميثاق الأمم المتحدة مرتين (م ٢٨ ، م ٥٥ / ٢) .

ولكن هل يمكن أن نتكلم عن تقرير المصير على أنه حق من الحقوق ؟ إن البعض يرى فى المبدأ أنه مبدأ سياسى فحسب ولا يمكن أن يؤخذ على أنه مبدأ قانونى ذلك أنه غامض لا يمكن تحديد المقصود منه كما أن تطبيقه يمس السيادة ومن ثم فإن نصوص ميثاق الأمم المتحدة قد ذكرته على سبيل الحكمة والموعظة الحسنة .

ولكن أنصار فكرة أنه حق يقولون إن تقرير المصير حق يعود إلى الشعوب والأمم التى تخضع لسيطرة أجنبية وهو يطبق حاليا على الأقاليم التابعة . ولعل نقطة التحول فى تاريخ مبدأ تقرير المصير هو قرار الجمعية العمومية للأمم المتحدة الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦٠ (١٥١٤ — ١٥) بمنح الاستقلال إلى الأقاليم والشعوب المستعمرة ويوصى بأن تنتقل السلطة السياسية فى كافة الأقاليم التابعة إلى الشعب طبقا لاراداته الحرة .

إن ما قدمت من أحكام يمكن أن اشرح به النظرية الإسلامية ولكن بقيد جوهرى ألا وهو أن تقرير المصير فى النظرية الإسلامية حق ذو طبيعة عقيدية ينطلق من مسلمة بأن مصير الدول والشعوب يجب أن يكون إلى اعلاء كلمة الحق ونشر الدعوة الإسلامية ومن ثم فإن على الشعوب الإسلامية أن تتخلص من كل وضع تتردى فيه ويكون معوقا لها عن اداء تلك المهمة المقدسة . وعلى هذا فإن كل شعب مسلم يجد ذاته تحت حكم غير اسلامى يكون من حقه أن يسعى إلى التحرر من تلك السيطرة . ويجب على الشعب الإسلامى الذى يعانى من مثل هذا الوضع أن يسعى حثيثا إلى الخروج منه حتى لا يصدق عليه قول المولى الكريم « وتودون أن تكون غير ذات الشوكة لكم ويريد الله أن يحق الحق بكلماته ويقطع دابر الكافرين » (الانفال / ٧) .

ولكننا يجب أن نحذر — ونحن بصدد الكلام عن تقرير المصير — من الخلط بين تقرير المصير وبين الانفصال secession ذلك أن الغالب فى الفقه المعاصر — وهو مأخذ به الحكم القرآنى الكريم — هى اجازة تقرير المصير وتحريم الانفصال . إن تقرير المصير فى النظرية الإسلامية هو — كما قدمت — حق مرتبط بالعقيدة ولذا فلا جدال فى أنه يعتبر فى النظرية الإسلامية حقا . وهنا تختلف النظرية الإسلامية عن النظرية المعاصرة فى أمرين :

(١) أولهما أن هناك فريق من الفقه لا يريد أن يقبل تقرير المصير على أنه حق وإنما يقبله على أنه مبدأ سياسى فحسب وأن ماجاء بشأنه من نصوص فى ميثاق الأمم المتحدة إنما جاء على سبيل الحكمة والموعظة الحسنة . ويتبسط البعض فيقول انه حق ولكنه فى دور التكوين — فى حين أن تقرير المصير فى اطار ما سلفت هو حق لأمرأء فيه طبقاً للنظرية الإسلامية .

(٢) وثانيهما أن النظرية المعاصرة تعانى من الفشل فى إيجاد معيار تحدد فيه الفرق بين تقرير المصير وبين الانفصال وتلك مشكلة واضحة الحل فى النظرية الإسلامية . ذلك أن تقرير المصير فى النظرية الإسلامية هو —

كما اسلفت — حق ذو صبغة عقيدية وتبعاً فإن الحركات التي تمس العقيدة ووحدة أصحابها حركات ترفضها النظرية الإسلامية .

وهكذا نجد أن النظرية الإسلامية تشق طريقها بقدوم ثابتة نحو التفرقة بين الانفصال المنشود والانفصال المردود . ومن ثم فإن خروج مجموعة إسلامية أو غير إسلامية على دولة الإسلام هو من قبيل الانفصال المردود . ويرتبط بحق تقرير المصير حق الأمة في ممارسة حركة تحرير وعندئذ تعتبر حركة تحرير مشروعة لأنها تتعلق بالعدالة الاجتماعية والسياسية في الأسرة الدولية التي تفتقر إلى قوة مركزية . وعندى أن القرآن الكريم قد عبر عن كل ما اسلفت من معان في قوله الكريم « وما لكم لا تقاتلون في سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون ربنا اخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها » .

ويطيب لى أن أضيف هنا أن القرآن الكريم قد سبق — بصريح نص هذه الآية — ما انتهت إليه الجماعة الدولية المعاصرة كمظهر حضارى للحريات التي تباهى بأنها لم تسبق في حمايتها . ذلك أن القانون الدولى المعاصر يبيح — استثناء من تحريم استخدام القوة — أن تمد الدول يد المساعدة بالسلاح والعتاد والقوة لحركات التحرير . والآية الكريمة تبيح القتال — بل وتستحث عليه — في سبيل نصره الجماعات التي أركست في ظلم دولة ما للتحرر من ربة طغيان تلك الدولة .

يبد أننى أكبر مرة أخرى أن النظرية الإسلامية لاتقبل حركات الانفصال كما لاتقبلها النظرية المعاصرة ، غير أن النظرية الإسلامية أقامت معياراً محدداً دقيقاً يمكن أن نتعرف به على ما إذا كنا أمام حركة انفصال أم حركة تحرير واستطيع أن أجمع حركات الانفصال المحرمة في النظرية الإسلامية تحت عناوين رئيسين : (١) الردية (٢) والبغى .

وأتناول كلا من هاتين القضيتين في ايجاز لأن دراستهما في الحقيقة أدخل في القانون الإنسانى — وتبعاً قانون الحرب — منها في قانون السلام . ويتضح لنا من العرض الوجيز الذى أقدمه للظاهرتين السالفتين أنالنظرية الإسلامية تشق طريقها بقدّم ثابتة نحو التفرقة بين الانفصال المنشود والانفصال المردود كما قلت .

كذلك من بين الحقوق التى يمارسها الشعب — أو الامة — الحق في ممارسة سيادة دائمة على ثرواته وموارده الطبيعية ، وهذا ماأتناوله بكلمة بعد المعالجة الموجزة لأحكام النظرية الإسلامية في الردة والبقى .

وأبدأ بالكلام عن الردة والبقى نقلاً عن أبى يعلى محمد بن الحسين الفراء (الأحكام السلطانية ، القاهرة ، ١٣٥٧ ، ص ٣٥ — ٤١) .

أ — قتال أهل الردة :

أى قتال قوم حكم باسلامهم ثم ارتدوا عن الإسلام وهؤلاء قال فيهم رسول الله « من بدل دينه فاقتلوه » وقال عليه الصلاة والسلام « لايجل دّم امرئ مسلم إلا بثلاث : كفر بعد إيمان أو زناً بعد احصان أو قتل نفس بغير نفس » .

وحكم هؤلاء إن كانوا في قاهرة المسلمين لقلة عددهم ولأنهم لم يتحيزوا بدار يتميزون بها عن المسلمين فلا حاجة إلى قتالهم فان تابوا قبلت توبتهم ، ولايجوز اقرار المرتد على رده بجزية ولاعهد ولاتؤكل ذبيحته ولاتنكح منهم امرأة . واختلف في قتلهم هل يعجل في الحال أم يؤجلون فيه ثلاثة أيام . الحق أن هذا الفرض لايجوز لايخرج عن كونه جريمة يرتكبها من تمتد إليه الولاية الشخصية للدولة فيعاقب بالعقوبة الجنائية التى ينص عليها القانون .

وهو بذلك في صلته بالقانون الدولى ادخل في القانون الانسانوى منه في

القانون الانساني . أما إذا انحازوا إلى أرض ينفردون بها عن المسلمين حتى يصيروا فيها ممتنعين أو في قول آخر إذا أصبحوا حكومة واقع تمارس سلطاناً على جزء من الإقليم فيجب قتالهم على الردة ويجرى على قتالهم بعد الانذار والإعذار حكم قتال أهل الحرب مع فروق عدة :

أحدها : أنه لا يجوز أن يصالحوا على مال يقرون به في ديارهم ويجوز أن يهادن أهل الحرب .

الثاني : أنه لا يجوز أن يسترقوا ولا أن تسبى نساؤهم (على خلاف بين الفقهاء) ويجوز أن يسترق أهل الحرب وتسبى نساؤهم .

الثالث : أنه لا يملك الغنائم أموالهم ويملكون ماغنموه من أهل الحرب .

ويدخل في حكم المرتدين ويعاملون معاملتهم في القتال بما أسلفت من أحكام القوم الذين يمتنعون عن أداء الزكاة إلى الامام العادل جاحدين بها .

وتلك هي فتوى أبي بكر وصحابة الرسول ﷺ التي كانت مبرراً لحروب الردة ولي عليها تحفظ أبدي في حينه .

ب — قتال أهل البغي والخوارج :

وهم الذين يخرجون على الامام ويخالفون الجماعة وينفردون بمذهب .

ابتدعوه . والخوارج وإن كانوا أهل بغي فإنما يقصد بهم في التاريخ الإسلامي من فارقوا علياً بن أبي طالب وخرجوا عليه عندما قبل التحكيم مع معاوية ونزلوا في مكان يقال له حروراء ومن ثم قيل لهم الحرورية ، وكان كبيرهم عبد الله بن الكواء اليشكري وشبث التميمي . وقد عرض منهم قوم لعلي وهو يخطب على منبره وتنادوا « لاحكمم إلّا الله تعالى » فقال علي « كلمة حق أريد بها باطل ، لكم علينا ثلاث : لا تمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله . ولا تبدؤكم بقتال ولا تمنعكم الفئء مادامت أيديكم معنا » .

وحكم هؤلاء إن تظاهروا وهم على اختلاطهم بأهل العدل (أى باقى الشعب) أن يوضح لهم الإمام فساد ما اعتقدوا وبطلان ما ابتدعوا ليرجعوا عنه إلى اعتقاد الحق ومراقبة الجماعة . ويجوز للإمام أن يعزر من تظاهر منهم بالفساد أدباً وزجراً ولا يتجاوز ذلك إلى قتل أو جحد . والوضع هنا أقرب مايكون إلى أحزاب المعارضة فإن حرية الرأى مكفولة لهم ماداموا لا يقربون المعارضة بأعمال عنف أو يدعموها بالقوة فإن هم فعلوا ذلك كان للإمام — أى ولي الأمر — أن يعزهم . وهذا أيضاً فرض لاعلاقة له بالقانون الدولى الإنسانى ، ولا يتغير هنا الحكم حتى ولو اعتزلت تلك الفئة الباغية أهل العدل وتميزت بدار تميزت فيها عن مخالطة الجماعة — أى .أنهم لا يحاربون مآقاموا على الطاعة وأدوا ماعليهم من حقوق ، فقد اعتزلت طائفة من الخوارج بالنهروان علماً فول عليهم عاملاً أقاموا على طاعته زماناً إلى أن قتلوه وخرجوا على الطاعة ومنعوا ماعليهم من حقوق . ولكن الحكم يختلف إذا خرجت الفئة الباغية على الامام .

ذلك أن المروق عن طاعة الامام — سواء تجمع أصحابه تحت إمرة زعيم لهم أم لا — هو نوع من الحرب الأهلية تقتضى محاربتهم طواعية لقوله عز وجل « وإن فئتان من المؤمنين اقتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تنفىء إلى أمر الله ، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين » (الحجرات / ٩) . والبغى المقصود هنا قد يكون بالتعدى فى القتال وقد يكون بالعدول عن الصلح . ويخالف قتالهم قتال المشركين والمرتدين من ثمانية أوجه :

- ١ — أن يقصد بالقتال ردعهم ولا يعتمد به قتلهم ويجوز أن يعتمد قتل المشركين والمرتدين .
- ٢ — مقاتلتهم مقبلين والكف عنهم مدبرين . ويجوز قتال أهل الردة والحرب مقبلين ومدبرين .
- ٣ — ألا يجهز على جريحهم وإن جاز الاجهاز على جرحى المشركين والمرتدين (على تفصيل أتركه) . وقد أمر على بن أبى طالب مناديه أن

ينادى يوم معركة الجمل : ألا لا يتبع مدبر ولا يذفف على جريح (أذف الجريح أسرع قتله وأجهز عليه) .

٤ — لا يقتل أسراهم وإن قتل أسرى المشركين والمرتدين (على خلاف أتركه) .

ويعتبر أحوال من فى الأسر منهم فمن أمنت رجعته إلى القتال أطلق ، ومن لم تؤمن منه الرجعة حبس إلى انجلاء الحرب ثم يطلق ولم يحجز أن يحبس بعدها . أطلق الحجاج أسيراً من أصحاب قطرى بن الفجاءة لمعرفة كانت بينهما فقال له قطرى عد إلى قتال عدو الله الحجاج فقال هيات غل يداً مطلقها واسترق رقبة معتقها .

٥ — لا نغنم أموالهم ولا نسبي ذراريهم . قال الرسول « منعت دار الإسلام مافيا وأباح دار الشرك مافيا » ودار البغاة دار اسلام .

٦ — لا يستعان لقتالهم بمشرك معاهد ولا ذمى وإن جاز أن يستعان بهم فى قتال أهل الحرب والردة .

٧ — لا يهادنهم الامام إلى مدة ولا يوادعهم على مال فإن هادنهم إلى مدة لم يلزمه فإن ضعف عن قتالهم انتظر بهم القوة عليهم وإن وادعهم على مال بطلت المودعة ونظر فى المال فإن كان من صدقاتهم أو من فيئهم لم يرده عليهم وصرف الصدقات فى أهلها والفيء فى مستحقه وإن كان من خالص أموالهم لم يحجز أن يملكه عليهم ووجب رده اليهم .

٨ — لا ينصب عليهم العرارات (والعرارة آلة من آلات الحرب وهى منجنيق صغير) . ولا تحرق عليهم المساكن ولا يقطع عليهم النخيل والأشجار لأنها كما قلت دار اسلام وإن بغى أهلها فإن أحاطوا بأهل العدل (أى جيوش الدولة والمدنيين فيها) وخاف أهل العدل منهم الابداء جاز أن يدفعوا عن أنفسهم ما استطاعوا بالوسائل الفعالة للدفاع فإن المسلم إذا أريدت نفسه جاز له الدفع عنها بقتل من ارادها إذا كان لا يندفع بغير القتل ، وهذا تطبيق منطقى لحق الدفاع الشرعى .

ويختلف الرأى حول جواز الاستعانة وندوابهم وسلاحهم فى قتالهم بين مانع ومجيز .

وأهل البغى والخوارج — كما أسلفت — يقابلون من تتكلم عنهم المادّة الثالثة المشتركة فى اتفاقيات جنيف واورد نصها على سبيل المقارنة :

« فى حال قيام اشتباك مسلح ليست له صفة دولية فى أراضى أحد الأطراف السامية المتعاقدين ، يتعين على كل طرف فى النزاع أن يطبق — كحد أدنى — الأحكام الآتية :

١ — الأشخاص الذين ليس لهم دور ايجابى فى الأعمال العدائية بما فيهم افراد القوات المسلحة الذين سلموا سلاحهم وأبعدوا عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الأسر أو أى سبب آخر ، يعاملون فى جميع الأحوال معاملة انسانية دون أن يكون للعنصر أو اللون أو الدين أو الجنس أو النسب أو الثروة أو ماشابه ذلك أى تأثير سىء على هذه المعاملة .

ولهذا الغرض تعتبر الأعمال الآتية محظورة . وتبقى معتبرة كذلك فى أى وقت وفى أى مكان بالنسبة للأشخاص المذكورين أعلاه .

أ — أعمال العنف ضد الحياة والشخص وعلى الأخص القتل بكل أنواعه وقطع الأعضاء والمعاملة القاسية والتعذيب .

ب — أخذ الرهائن .

ج — الاعتداء على الكرامة الشخصية وعلى الأخص التحقير والمعاملة المزرية .

د — اصدار أحكام وتنفيذ عقوبات دون محاكمة سابقة أمام محكمة عدل قانونية تكفل جميع الضمانات القضائية التى تعتبر فى نظر الشعوب المتقدمة لامندوحة عنها . .

٢ — يجمع الجرحى والمرضى ويعتنى بهم ..

وقد قيض الله لهذه الفئة لحقاً هو اللحق (البروتوكول) الثانى من اللحقين الذين تمخض عنهما مؤتمر جنيف لتطوير القانون الإنسانى فى ١٩٧٦ . وقد تعثر هذا اللحق إلى حد يسمح للمرأة بأن يقول فى ثقة إنه ولد موؤدأعلى الرغم من تواضع أحكامه وتخاذل ضماناته . ويشترك اللحق ذاك مع المادة التى أسلفت نصها فى أنه يقصر ضماناته الأساسية على من لا يقوم بدور إجبارى فى الأعمال العدوانية ومعهم الجرحى والمرضى والغرقى ، ويقدم لهؤلاء ضمانات لا تخرج فى تفصيلها عما عظمته المادة الآنفة الذكر . ويضيف إلى ذلك بشأن وسائل وطرائق القتال ما يمنع الضرر ويحرم الغش ولا يسمح بحرمان الأحياء من حق الاستجارة ويضع مبادئ لحماية المدنيين والشعب المدنى والأطفال — وما جاء فى هذه الحماية وتلك الضمانات هو بعض ما جاء فى أحكام النزاع المسلح ذى الطبيعة الدولية ولذا أكتفى هنا بالإشارة إلى أن أوضح فيما بعد العبارة .

ولنا أن نقارن هذا بما قاله على بن أبى طالب لجنوده فى حربه مع معاوية فقد أمرهم بالآتى :

« إذا هزمتموهم فلا تقتلوا مدبراً ولا تجهزوا على جريح ولا تكشفوا عورة ولا تمثلوا بقتيل ولا تهتكوا سترأ ولا تدخلوا داراً إلا باذن ولا تأخذوا من أموالهم شيئاً ولا تعذبوا النساء بأذى وإن شتمنكم وشتمن امراءكم واذكروا الله لعلكم ترحمون » ..

وجلى مما قدمت أن التنظيم الخاص بالنزاع العسكرى الذى ليست له طبيعة دولية يسعى على استحياء فهو دون الضمانات التى جاءت بها أحكام النزاع المسلح ذى الطبيعة الدولية بكثير بل إن الفلسفة من وراء تجرئة احكام تطوير القانون الإنسانى إلى لحقين إنما قامت على الضن على النزاع المسلح ذى الطبيعة غير الدولية بالضمانات ذاتها المقررة للنزاع المسلح ذى الطبيعة الدولية . أما النظرية الإسلامية فتقف على النقيض إذ تنظر إلى الاشتباك المسلح مع البغاة والخوارج نظرة حانية وتضمن لهم من القواعد والكفالات ما مجلت به على النزاع المسلح ذى الطبيعة الدولية مع المشتركين والمرتبين .

٧ — الحق في السيادة على الموارد الطبيعية :

بد هي أن الدولة وهي الحاكمة لكل ما على إقليمها من أشخاص وأموال أن تكون هي صاحبة الحق المطلق فيما يوجد باقليمها من موارد طبيعية ولكن الذي نسعى إليه هنا هو حق الشعب — قبل أن يصبح دولة — في تلك الموارد . وقد دعى إلى تقرير ذلك الحق للشعوب خشية أن يسوء المستعمر استغلال تلك الموارد أو أن يدعى أنه هو صاحب الحق المانع فيها . ولذا رؤى من قبيل تحجيم الاستعمار وتصفيته أن يتقرر ذلك الحق للشعب مباشرة ليستبقى لذاته تلك الثروات إلى أن يصبح قادرا على الانتفاع بها .

لقد تبنت الأمم المتحدة — في دورتها السابعة والعشرين — تصريحاً يتعلق بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية يؤكد حق الشعوب والدول في سيادتها الدائمة على الموارد الطبيعية . ولكنه قيد هذا الحق بقيود أربعة هي أنه :

١ — إذا أمت الدولة مواردها الطبيعية فيجب أن تدفع ماقبلاً لا تأخذ بطريق مشروع من حقوق وأموال .

٢ — يدفع المقابل بما يتفق والمعايير الدولية .

٣ — تتمتع اتفاقات الاستثمار التي تبرم بين الدول والاطراف الخاصين بقوة ملزمة .

٤ — يحترم الاتفاق بين الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم ويكون ملزماً لهما .

والحق بهذه المواصفات ليس واضحاً في النظرية الإسلامية ولكننا نستطيع أن نستلهمه من بعض الآيات القرآنية وأن نقرره أخذاً بالمصالح المرسله من حيث أن الشعب الذي تقرر له هذا الحق لا بد أن يكون شعباً مسلماً يزرع تحت نير استعماري غير اسلامي أو شعباً كُتايياً يثن تحت سيطرة استعمار ملحد أو مشرك .

ومما اورده هنا قوله عز وجل « لا تمدن عينيك إلى مامتعا به أزواجا منهم » (الحجر / ٨٨) . فالخطاب هنا وإن كان موجهاً للرسول إلا أنه يرسى مبدأ عاماً . ويروى أن سبع قوافل أتت في يوم واحد من بصرى وأزرعات إلى يهود

بنى قريظة وبنى النضير فقال المسلمون : لو كانت لنا لأنفقناها في سبيل الله ، ولذا نزلت الآية . يؤيد هذا قوله تعالى « أن تكون أمة هي أرى من أمة » (النحل / ٩٢) ، وإذن فسنة الله اقتضت أن ننشأ في اقوام في الثراء والألا يكون ذلك التفاوت مدعاة لان تطمع امة في ثروة أمة أخرى . ولذا فإنى أرى أن عموميات هذا الحق كما استقرت في القانون الدولى — يمكن أن تقبل ضمن أحكام النظرية الإسلامية في قانون السلام . وذلك تطبيقا من تطبيقات فكرة امكانية تكامل الفكرين — الدولى الإسلامى والغربى — التى ألحت إليها في بدايات هذه الدراسة .

القانون الانسانوى :

لقد نشأت فكرة حقوق الإنسان — أو القانون الانسانوى — أول مانشأت بالنسبة للفرد داخل الدولة كشعار يثور على الظلم والعدوان . ولذا يؤ صلابه تلك الحقوق ووصفوها بأنها حقوق طبيعية قضت بها الفطرة وعمت البسيطة . ثم أطل القرن التاسع عشر باتجاهات الثورة الفرنسية التى آمنت بان شعارات الاخوة والمساواة لها معناها الدولى وأنها تبعا يجب أن تلقى قبولا دوليا . وقد برزت الاهتمامات الدولية الاولى بالفرد في نطاق مايجب له من حماية قبل الدولة التى يقيم على اقليمها وهذه هى التى يقابلها في الإسلام نظام « الامان » ، إذا كانت الاقامة مؤقتة « والذمة » إذا كانت دائمة . وقيض الله لهذا الاتجاه العالمى نحو حماية حقوق الفرد ركيزة دائمة مستقلة بعد الحرب العالمية الأولى في قيام منتظم العمل الدولى ثم راح بعد الحرب العالمية الثانية يستحدث حقوقا تحفظ للإنسان كرامته وتكرم نصرته .

وقد نبئت في السنوات الاخيرة دراسة جديدة تتصل بحقوق الجماعات أو الشعوب ولذا فإنهم يسمونها بحقوق « الجيل الثالث » أو « حقوق التعاضد » ، ومعظم هذه الحقوق مدركات لازالت بتحسس طريقها إلى الاستقرار ولما تصبح ملزمة . وإذن فالقانون الانسانوى يهتم بالانسان كفرد طبيعى كما يهتم بالجموعات البشرية ، أى أنه يعالج حقوق الإنسان في فرديته وجماعيته .

ومن ثم فإن للقانون الانساني شعبتين الآن :

(١) حقوق الإنسان .

(٢) حقوق الشعوب . واتناول كلا من الشعبتين بكلمة على حدة .

حقوق الإنسان :

تهيأت الجماعة الدولية — لاسيما بعد قيام الامم المتحدة — لاحتلال الفرد مكانة واضحة في الحياة الدولية وحمايته ضد العنف والجور . وسجل هذا الاتجاه الإنساني الثاني في موثيق عدة ، كما تؤكد بعضه في اعراف دولية .

إن حقوق الإنسان — التي سلكت دريا طويلا عبر تاريخ ممتد — قد أصبحت تتجمع اليوم — في رافدين هما :

(١) الحقوق التي تضمن للفرد أن يعيش دون تدخل في حياته الخاصة وتوفر له حياة رغدة بعيدة عن تلصص السلطات العامة مادام أنه لا ينال الغير بضرر .

(٢) الحقوق التي تسمح للفرد بأن يسأل الدولة أن تنتصف له ممن يغالبه لاسيما في المجالات الاقتصادية والاجتماعية .

والطريف أن هناك اتجاه اليوم إلى اطلاق مسمى « الجيل الأول » « والجيل الثاني » على التوالي على تلك الحقوق .

والحق أنه على الرغم من التعدد في الاجراءات والمواثيق التي تحمي حقوق الإنسان فإن الإنسان هو الإنسان في كل زمان ومكان وحماية حقوقه الطبيعية لا تختلف باختلاف المقومات والبقاع . وتبعا فإني لا أتوقع أن يكون هناك خلاف جذري بين النظرة الغربية الصادقة إلى حقوق الإنسان وبين سابقتها النظرة الإسلامية إلى تلك الحقوق .

والنقطة الرئيسة لتلك الحقوق والحريات هي تقسمتها إلى : حقوق مدنية وسياسية ، وحقوق اقتصادية واجتماعية وثقافية . وهناك تقسمات أخرى لتلك الحقوق والحريات لعل أطرافها هو تقسمتها إلى حقوق باهظة التكاليف وحقوق

بلا تكاليف، والمثل يوضح ما أقول. فحق الإنسان مثلاً في محاكمة عادلة يتطلب من الدولة إقامة المحاكم وتزويدها بالقضاة وأعضاء النيابة وتوفير القوات اللازمة لضمان تنفيذ الأحكام جبراً. بيد أن الذى يجب أن يؤكده أنه من الخطورة بمكان أن نحاول ترجيح حقوق على الأخرى كما تحاول الدول أن تفعل اليوم فالدول الاشتراكية تريد أن تعطى العلوية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويسخر الغربيون من ذلك فيقولون إن حقوق الإنسان تبدأ بعد وجبة الإفطار. ولذا تركز الدول الغربية أولاً على الحقوق المدنية والسياسية. ويسخر الاشتراكيون بدورهم من ذلك فيقولون إن حقوق الإنسان تبدأ عند مركز الشرطة. وربما كان هذا من وراء صدور عهدين دوليين أحدهما للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والآخر للحقوق المدنية والسياسية بغية وضع الفتتين من الحقوق على قدم المساواة.

وإذا أردنا تعداد ما للإنسان من حقوق وحريات في عصرنا هذا فقد نصل إلى أربعين أو خمسين حقاً وحرية. اننى إذا القيت نظرة جامعة على الوثائق الدولية التسع — ميثاق الأمم المتحدة، الإعلان العالمى لحقوق الإنسان، العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية، العهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، العهد الاوروبى، والميثاق الاشتراكى الاوروبى، والإعلان الأمريكى والعهد الأمريكى، والميثاق الافريقى — فإن التعداد الشامل يجمع تلك الحقوق فيما تلى:

- ١ — الحريات المادية — حرية الذات والبدن، وهذه تشمل الحقوق والحريات المادية مثل حق الإنسان في الحياة وحقه في الحرية والأمان والحركة والملجأ ضد العنف والجور.
- ٢ — الامن الغذائى والصحى والاسروى، وذلك بضمان مستوى معين من الحياة للفرد وتوفير الرعاية الصحية له وتشجيع الزواج والامومة وحماية الطفولة.
- ٣ — الحق في العمل والدخل والملكية بتأمين حق الإنسان في العمل وحرية اختيار عمله وتبعاً تحريره من الاسترقاق والعبودية والسخرة وتأكيد

ظروف ملائمة للعمل والاجر ، وحقه في الراحة والتأمين الاجتماعى والرفاهية والملكية .

٤ — الحق في القسطاس ، أى في أن يعامل بمقتضى القوانين العادلة والاجراءات القانونية السليمة ومن ثم اقرار مبدأ المساواة امام القانون والمحكمة المنصفة وتأمين المتهم إلى أن يدان .

٥ — الحرية المعنوية ، اى حرية الفكر والضمير والعقيدة وتبادل المعلومات والآراء والتعليم والتدريب وحماية خصوصياته وشرفه وسمعته .

٦ — حرية التجمع والعمل الجماعى وانشاء الجمعيات والنقابات .

(راجع Sieghart, Paul- The lawfull Rights of Mankind, Oxford,

New York, 1985, pp. 105- 168).

إن تلك الحقوق التى يفاخر بها الغرب اليوم كلها ويزيد عليها أوليات في النظرية الإسلامية صاحبة الفضل في السبك والحبك . وهاكم البيان مرتبا على توافق مع التعداد الذى أسلفت . وأود قبل أن استعرض حقوق الإنسان في النظرية الإسلامية أن اقول إن دفاع المسلم عن تلك الحقوق يعتبر — في المفهوم الإسلامى — حقا شرعيا وواجبا عقائديا فالرسول ﷺ يقول « من قاتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قاتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قاتل دون عرضه فهو شهيد ، ومن قاتل دون مظلمة فهو شهيد » ، بل قرر الإسلام حقوقا ايجابية للمسلم على أخيه المسلم « المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا » .

الحريات المادية (حرية الذات والبدن) :

لنا أن نقارن هنا بين عبارات الوثائق التسع وبين الحديث الشريف « كل المسلم على المسلم جرام : عرضه وماله ودمه » ، وليس أروع — في تقديس حق الإنسان في الحياة — من قوله عز وجل « من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا » (المائدة / ٣٢) . وقوله تعالى « ومن يقتل مؤمنا

متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما «
(النساء / ٩٢ — ٩٣) .

وصدقت حكمة الله « ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم
تتقون » (البقرة / ١٧٩) .

ويقول الرسول ﷺ في أمان المسلم « المسلم من سلم الناس من يده
ولسانه » . ويؤكد ﷺ أن المرء لا يؤمن حتى يأمن جاره بوائقه .

وقد جعل الإسلام الهجرة حقا لمن اضطهد وواجبا عليه في الوقت ذاته « إن
الذين توفاهم الملائكة ظالمى انفسهم قالوا فيما كنتم قالوا كنا مستضعفين في
الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها أولئك مأواهم جهنم وساءت
مصيرا إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون
سبيلا فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا . ومن يهاجر في سبيل
الله يجد في الأرض مراعما كثيرا وسعة ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله
ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله وكان الله غفورا رحيفا » (النساء / ٩٧ —
١٠٠) .

وإذا كانت الهجرة واجبة على المضطر فرارا بدينه وعقيدته فإن الإيواء واجب
على القادر فردا كان أو جماعة أو دولة « والذين تبوأوا الدار والإيمان من قبلهم
يحبون من هاجر اليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على انفسهم
ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون » . (الحشر /
٩) . ويجعل هذا الحق « للفقراء والمهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم وأموالهم
يبتغون فضلا من الله ورضوانا » (الحشر / ٨) .

وقد قرر الإسلام لذلك حق الجوار للمستجير ولو كان كافرا بل ومحاربا « وإن
أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » (التوبة
/ ٦) . ويظل هذا اللجوء المستجير آمنا حتى يرجع إلى بلاده ويبلغ مأمنه .

٢ - الامن الحياتى (تأمين حاجيات الإنسان) :

فالاسلام يفرض على الدولة أن توفر للمسلم حد الكفاية وليس حد الكفاف . ومن هنا يفرض الإسلام في مصارف الزكاة اعطاء الغارمين ، والغارمون أقسام فمنهم من تحمل حمالة أو ضمن ديناً فلزمه فأحجت بماله أو غرم في أداء دينه أو في معصية ثم تاب ، كما جعل القرآن من مصارف الزكاة اعطاء الفقير والمسكين . وفي الحديث الشريف « ايما عرضة بات فيها امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله » ويقول تعالى « وفي اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (الذاريات / ١٩) وكذلك « ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيمماً وأسيراً » (الإنسان / ٨) .

أما عن الصحة فقد امر الإسلام بالنظافة وكانت الطهارة من صفات المؤمنين وشرطاً للصلاة . وفي الحديث « ماملاً ابن آدم وعاء قط شراب من بطنه » وقد امر الرسول بالتداوى عند المرض وعيادة المرضى ، وتعددت المستشفيات التي بناها الحكام المسلمون وضمت الاقسام العلاجية المختلفة والصيديات ، كما أن للعريان الحق في الحصول على كساء ، وعلينا أن نقدم للجريح المريض وسائل العلاج والدواء دون اعتبار لكونه عدواً أم صديقاً . ويقول الرسول « إن لبدنك عليك حقاً » . ويهتم بالعلاج ويروى عنه أنه قال ، « الشفاء في ثلاثة شربة ماء أو شرطة مبضع أو كية نار » . وهذا رمز لطرق العلاج المختلفة .

وقد بلغ من تشجيع الزواج أن كانت الدولة الاموية في عهد عمر بن عبد العزيز هي التي تدفع المهر لمن لا يستطيع دفعه « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » ، (الروم / ١١) . « فامسك بمعروف أو تسريح باحسان » (البقرة / ٢٢٩) .

وتتجلى نظرة الإسلام في صلة التربية الاسرورية بالاصلاح الاجتماعى في الآية الكريمة « والذين يقولون ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قرة أعين واجعلنا للمتقين اماماً » (الفرقان / ٧٤) . وقد روى الواقدي بأسناده « أمر عمر

فكتب إلى عمال أهل العوالى فكان يجرى عليهم القوت ثم كان عثمان فوسع عليهم فى القوت والكسوة . وكان عمر يفرض للنفوس مائة درهم فإذا ترعرع بلغ به مائتى درهم فإذا بلغ زاده ، وكان إذا أتى باللقيط فرض له مائة وفرض له رزقا يأخذه وليه كل شهر بقدر مايصلحه تم ينقله من سنة إلى سنة وكان يوصى بهم خيرا أو يجعل رضاعهم ونفقتهم من بيت المال » . وروى البلاذرى عن ابن عمر « إن عمر كان لا يفرض للمولود حتى يفطم ثم نادى مناديه : ألا تعلموا أولادكم عن الفطام فانا نفرض لكل مولود فى الإسلام وقد مر رجل على الخليفة عثمان فسأله الخليفة عن عياله فقال عثمان : قد فرضنا لك وفرضنا لعيالك مائة مائة ... وكان عمر يفرض للمولود إذا ولد فى عشرة فإذا بلغ أن يفرض له الحق بالفريضة فلما كان معاوية فرض ذلك للعظيم فلما كان عبد الملك بن مروان قطع ذلك » (البلاذرى — فتوح البلدان ، تحقيق رضوان محمد رضوان ، القاهرة ١٩٥٩ ، ص ٤٣٨ ، ٤٤٥) .

وقبل قرون اضطلع ولى الأمر بشئون القصر وتولى امورهم مباشرة إن لم يكن لهم ولى ومحاسبة اوليائهم وأوصيائهم إن توفروا . كما وفرت الشريعة الضمانات لحفظ حقوق اليتامى « وآتوا اليتامى أموالهم ولا تبدلوا الخبيث بالطيب ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوبا كبيرا » (النساء / ٢) .

٣ — الحق النفعى (العمل والدخل والملكية) :

يجعل الإسلام العمل حقا للإنسان وواجبا عليه حتى لا يكون عالة على المجتمع فالرسول يقول عن الشاب المجاهد القوى « إن كان خرج على ابوين له شيخين فهو فى سبيل الله ، وإن كان خرج على أولاد له صغار فهو فى سبيل الله ، وإن كان خرج يسعى على نفسه ليقيها السؤال فهو فى سبيل الله » . وكان من بيان القرآن الكريم فى معنى الفقر أنه عدم الحصول على العمل مع القدرة عليه « للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله لا يستطيعون ضربا فى الأرض » (البقرة / ٢٧٣) . « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » (النساء / ٥٩) .

ويفرض الإسلام على الدولة أن تهيب العمل لمن كان قادرا عليه وأن تحمي حقوقه . ويروى أن الرسول ﷺ أعطى الرجل درهمين وقال له « كل بأحدهما واشتر بالآخر فأسا للعمل به » ولقد أوجب الغزالي في « الاحياء » على ولي الأمر أن يزود العامل بآلة العمل . وقد ذم القرآن الكريم غضب ثمره العمل « وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا » (الكهف / ٧٩) « ولاتبخسوا الناس اشياءهم ولا تفسدوا في الأرض بعد اصلاحها » (الاعراف / ٨٥) « وآتوا حقه يوم حصاده » (الانعام / ١٤١) .

وروى أن ابا عبيدة تحدث يوما مع عمر عن استعمال اصحاب الرسول فقال له « أما إن فعلت فاعنهم بالعمالة عن الخيانة » . وقد راعى عمر في فرض رواتب عماله الكفائية وأن ترهد على نفسه لأن الزهد تطوع لافرض « هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه » (الملك / ١٥) . « ولقد مكناكم في الأرض وجعلنا لكم فيها معايش » (الاعراف / ١٠) . وقد ورد في الحديث الشريف « ما حققت من كسب عملك فهو أجر لك في موازينك يوم القيامة » . وكان المحتسب يراقب سوق العمل ويراعى ألا تكلف امرأة أو صبي بما يجاوز طاقته . ويقول الرسول « إن الله يحب المؤمن المحترف » .

وتقرر الشريعة الغراء . حقوق الإنسان وحزياته في الكسب والتملك « للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن » (النساء / ٣٢) . ويقول تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » (البقرة / ١٥٨) ، وكان للذمين نوع من التأمين الاجتماعى ضد الشيخوخة والمرض والفقر . وقد اعلن خالد بن الوليد في معاهدة الصلح مع أهل الحيرة « وجعلت لهم ايماء شيخ ضعيف عن العمل أو اصابته آفة من الآفات أو كان غنيا فافتقر وصار أهل الحرية يتصدقون عليه طرحت جزية وعيل من بيت المال المسلمين وعياله ما قاموا بدار الإسلام » . (اشتراكية الإسلام لمصطفى السباعى ص ١٣٦) .

٤ — القوانين العادلة

لاغرو أن تشرّب اعناق الناس إلى جو تسوده العدالة وتمحص فيه القضايا تمحيصاً دليلاً النزاهة ورائده الحق فلا يعاقب برىء ولا ينجو مجرم » لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط » (الحديد / ٢٥) . « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (النساء / ٥٨) .

كتب عمر بن الخطاب منشوراً للناس يقول فيه : « إني لم ابعث عمالي ليضربوا جلودكم ولا ليأخذوا أموالكم فمن فعل به ذلك فليرفعه إلى لنقتص له . فقال عمرو بن العاص : لو أن رجلاً أدب بعض رعيته أتقصه منه ؟ فقال عمر « إني والذي نفسي بيده لأقصه منه وقد رأيت رسول الله ﷺ يقص من نفسه » .

وقد آذى يهودى الرسول بلسانه ويده ولكن الرسول لم يأذن بترويعه . وبلغ من عدالة قوانين الإسلام أن جعل النظرة المجردة داخل بيت الإنسان اعتداء على حرّيته ، وقد أدب الرسول امته ألا تفعل هذا . عن أبى ذر قال قال رسول الله ﷺ « أيما رجل كشف ستراً فأدخل بصره قبل أن يؤذن له فقد أتى حداً لا يحل له أن يأتيه ، ولو أن رجلاً فقاً عينه بسبب ذلك لهدرت » . وقصة عمر عندما تشور المنزل بعد أن استمع لضجيج السكارى ورآهم من ثقب الباب فاراد حدهم فقالوا له لبيد خالفنا الله في واحدة وخالفته في ثلاث خالفناه في شرب الخمر وتحسست أنب وتحسست وأتيت البيوت من غير أبوابها .

وروى عن النبي ﷺ أنه قال « من مشى مع مظلوم حتى يثبت له حقه ثبت الله قدميه على الصراط يوم تزل الأقدام » وقد روى ابو عبيدة وغيره : لما استخلف عمر بن العزيز وقد عليه قوم من سمرقند ودفعوا إليه أن قائده دخل مدينتهم واسكنها المسلمين على غدر فكتب عمر إلى عامله يأمره أن ينصب لهم قاضياً ينظر فيما ذكروا فان قضى باخراج المسلمين خرجوا فحكم القاضي باخراج

المسلمين على أن ينادوهم على سواء فكره أهل سمرقند الحرب وأقروا المسلمين فأقاموا بين ظهرانيهم . (البلاذري — فتوح البلدان ، المرجع السابق ، ص ٤١١) .

وقرر الأصوليون قاعدة البراءة الأصلية إعمالا لاستصحاب الحال فالأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره .

٢ — المبادئ المعنوية :

يقرر الإسلام حرية الفكر والعقيدة في مبدأ عام « لا إكراه في الدين » (البقرة / ٦٥) . أما استخدام القوة في الإسلام فهو لأمرين ضروريين أولهما جهاد الأعداء وثانيها حماية الأمن والنظام . وفي سبيل الدفاع عن حرية الفكر ضرب الإمام مالك حتى خلعت كتفه وسجن الإمام أبو حنيفة حتى مات في معتقله وحىء بالإمام الشافعي مغلا بالاصفاد والقيود ليقدّم إلى النطع والجلاد وإن كان قد عفى عنه في اللحظة الأخيرة وكاد الإمام أحمد أن تزهق روحه من أجل فهم اقتنع به .

وقد وسعت الحرية في الإسلام اليهود والنصارى وغيرهم . والإيمان لا يتم ولا يسيى إيمانا إلا إذا صدر عن عقيدة صافية وقناعة راضية ولذا يقول تعالى « ولو شاء ربك لآمن من في الأرض جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين » (يونس / ٩٩) . وفي الهدى العظيم « إن الذين آمنوا والذين هادوا والنصارى والصابئون من آمن بالله واليوم الآخر وعمل صالحا فلهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون » (المائدة / ٦٩) . « ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن إلا الذين ظلموا منهم وقولوا آمنا بالذي أنزل إلينا وأنزل إليكم وإلهنا وإلهكم واحد ونحن له مسلمون » (العنكبوت / ٤٦) .

كذلك يحمي الإسلام حرية الرأي مادام أنها لا تتعرض لحقوق الغير . وحرية الاجتهاد صورة زاهرة من صور حرية الرأي . ويأمر القرآن الكريم بالتفكير في الكون الذي خلق لارتفاق الإنسان « وسخر لكم مافي السماوات ومافي الأرض جميعا منه إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون » (الجاثية / ١٣) .

وموقف على من الخوارج وحريتهم في المعارضة السلمية نموذج رائع لحرية الفكر والاعتقاد « وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر » (الكهف / ٢٩) .

« لي عملى ولكم عملكم أنتم بريئون مما أعمل وأنا برىء مما تعملون » (يونس / ٤٢) . كن مسيحيا أو يهوديا ولاكن لا تكن خصما للإسلام وأحذر أن يتجاوز انكارك للإسلام فؤادك إلى الحياة الخارجية نزاعا مسلحا « وقل للذين أتوا الكتاب والأمين أسلمتم فإن أسلموا فقد اهتدوا وإن تولوا فإنما عليك البلاغ والله بصير بالعباد » (آل عمران / ٢٠) . بيد أن الإسلام لا يقر بداهة حرية الارتداد عن الإسلام لانه شذوذ منكر إذ لا مكان لتلك الحرية في مجتمع الإسلام وقد دخل الإسلام خداعا وخرج منه ضارا .

٦ — حرية التجمع :

إن حرية الاجتماع هي النتيجة المنطقية لحرية التعبير وإذا كان الإسلام قد حث على الدعوة إلى الخير والامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولما كان الناس لا بد أن تختلف تصوراتهم التفصيلية لمفاهيم « الخير » و « المعروف » و « المنكر » ، فإن المتحدين في النظرة يمكن أن تتشكل بينهم جماعة أو رابطة مصلحة . إن حق الجماعات في أن تختلف فيما بينها في وجهات النظر أو تتدافع حول المصالح ، وأن تنال حرية الاجتماع في المجتمع الإسلامي كان مشكلة طرح أمرها على بن أبي طالب عند ظهور الخوارج فاعترف لهم بحرية الاجتماع وحدد موقفه منهم فقال : إن لكم علينا ثلاثة :

(١) لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله .

(٢) ولن نمنعكم الفىء مادامت ايديكم مع ايدينا .

(٣) ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا .

وقد كتب الى عمر بن عبد العزيز في الموصل يستأذنه في اسكان فئة مناوئة عرفت بأسم « حرورية الموصل » فأجاب قائلا « إذا أرادوا أن يسبحوا في البلاد

في غير أذى لاهل الذمة وفي غير أذى للامة فليذهبوا حيث شاءوا . وإن نالوا أحدا من المسلمين أو من أهل الذمة فحاكمهم إلى الله » .

وقد بلغ من حرص الإسلام على تجميع اتباعه أنه حين شرع الهجرة جعل الانتقال إلى مركز التجمع الجديد وتدعيمه شرطا لتحقيق التضامن الإسلامي « إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله والذين آووا ونصرنا إرلئك بعضهم أولياء بعض ، والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا » (الانفال / ٧٢) .

وحرة التجمع الإسلامي تعززه الصلاة الجامعة بالمسجد الذي هو مقر اجتماع المسلمين على أي أمر جماع . وقد عرف أعداء الإسلام أهمية المسجد بالنسبة لجماعة المسلمين فحرصوا على تفرقة الصفوف باقامة مسجد الضرار الذي حرمه الرسول « والذين اتخذوا مسجدا ضارا وكفرا وتفرقا بين المؤمنين ، ارادوا لمن حارب الله ورسوله من قبل » (التوبة / ١٠٧) .

ولذلك تميز في تاريخ الإسلام الأول « المهاجرون » و « الأنصار » وقد ذكرهم الله آبا ممتيزين بعضهم عن البعض الآخر وإن جمعتهم أخوة الإيمان . والساكنون الذين من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم باحسان » (التوبة / ٩٩) .

بيد أن الإسلام لا يقر أن يكون التجمع ذريعة لتفريق المسلمين ومتابعة لأعداء الإسلام « يا أيها الذين آمنوا إن تطيعوا فريقا من الذين أوتوا الكتاب يردوكم بهد إيمانكم كافرين » (آل عمران / ١٠٠) ، ولذا حذر عمر من مغبة ذلك « بامسى أنكم تتخذون مجالس لا يجلس اثنان معا حتى يقال : من صحابة فلان من جلساء فلان ، حتى تحوميت المجالس ، وإيم الله إن هذا السريع في دينكم سريع في شرفكم سريع في ذات بينكم ولكأني بمن يأتي بعدكم يقول : هذا رأى فلان قد قسموا الإسلام أقساما . أفيضوا بجالسكم بينكم وتجالسوا معا فإنه أودم لنفعمكم وأهيب لكم في الناس » (تاريخ الطبري ، المطبعة الحسينية ، القاهرة ، ج ٤ ، ص ٢٥ ، باب عمر وأقواله بعد خبر مقتله) .

والقارىء لبعض المراجع مثل خطط المقرئى فى شأن الجماعات الحرفية يجد أن تاريخ الإسلام عرف تجمعات مهنية لأصحاب الحرف اعترفت بها الدولة وتعاملت معها .

٣ — حقوق الاقليات (نظرية الذمة) :

تحديد وتعريف :

تعنى الذمة هنا العهد الذى يربط شروط اقامة غير المسلمين فى البلاد التى فتحتها المسلمون وينظم مايتعمتون به من حقوق عامة أو خاصة ، ولذا يسمى من يفيدون من هذا العهد بالذميين أو اهل الذمة . ويطلق البعض على هؤلاء مسمى « أهل العهد أو المعاهدون » ولكن هذا المسمى يعيبه أنه : ذو معان متعددة يمكن أن تعمى مفهومه المقصود .

وقد جرت العادة أيام الحكم الإسلامى فى اسبانيا على أن يطلق على المسيحى لفظة « المعاهدة » ، أما « الذمى » فكان يشير إلى اليهود (Levi) Provencal. E. - Histoire de L'Espagne Musulmane, Tres Le Caire, 1944, T. I., P 56) كذلك كان يطلق على المسيحى مسميات أخرى مثل أعجم وأعجمى الذمة والنصرانى ولكن اكثر المسميات سريانا كانت « المستعرب » .

والذمة — بذاتها تعنى كما قدمت — العهد والامان والضمان والحماية وأقرب مقابل لها فى اللاتينية هى لفظة Fides وبالفرنسية Foi . والذمة التى نقصد اليها هنا — أخذنا من الفقه التقليدى — هى نظام أثمره الجهاد أى الحرب المقدسة حسب النظرية الإسلامية الكلاسية التى تقسم العالم إلى دارين احدهما للسلام والاخرى للحرب . وفى هذه النظرية تعتبر دار الحرب وما عليها حقا مباحا للمسلمين ، فإذا دخلت دار الحرب أو جزء منها فى سلطان المسلمين اختلف مصير القوم حسب الطريقة التى استحوذ بها المسلمون عليها فكانت عنوة أم تسليما أم تركا . ومن ثم فقد واجهت تلك الفتوحات المسلمين بمشكلة كيفية معاملة من على الإقليم المفتوح من غير المسلمين ، فكان نظام الذمة حلا لبعض تلك المشكلات .

وهكذا نجد أن نظام الذمة يمثل مشكلة اقليمية وطنية أكثر منه مشكلة دينية .

ويندرج تحت اسم الذميين — كما أسلفت — اليهود والنصارى والمجوس والصابئة . والذميون ليسوا كفارا حيث سمح لهم أن يبقوا على دينهم . والقول عندى أن أهل الكتاب من غير اليهود والنصارى هم أدخل في الشرك مهم في أهل الكتاب وأهل القرآن والحديث ارتفعوا بهؤلاء إلى ما يعادل أهل الكتاب ، أو أهل الكتب السماوية المعروفة لنا . فنجد القرآن الكريم مثلاً يذكر الصابئين مع اليهود والنصارى كما في قوله تعالى « إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئون والنصارى من آمن بالله واليوم الآخر » (المائدة / ٦٩) كذلك يورد الوحي السماوى اسم المجوس مع أهل الكتاب وغيرهم من المشركين — كما في الآية الكريمة « إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئين والنصارى والمجوس والذين أشركوا إن الله يفصل بينهم يوم القيامة » (الحج / ١٧) .

والآن يبدو أن الحديث الشريف يمنع على المسلمين أن ينكحوا نساء المجوس أو أن يساروا فييحتم الأمر الذى يعنى أن من ألحق بالنصارى واليهود تحت مدلول « أهل الكتاب » أو « الذميين » لا يتأثلون تماماً — في المعاملة — مع اليهود والنصارى (انظر Tor Andrae-Mohamet, sa via et sa doctrine, Paris, 1945, P. 98).

وبالنسبة إلى أحد المؤتمرين في المؤتمر الرابع لأكاديمية البحث الإسلامى الذى انعقد في سبتمبر سنة ١٩٦٨ بالقاهرة وصف الاسرائيليين في فلسطين المحتلة بأنهم ذميرين خانوا عهد الذمة فأعفونا بذلك من أن نحفظ عهدنا لهم . وهو يشير بذلك إلى حق إزالة الوجود الصهيونى وليس إلى نقض اليهود لالتزاماتهم وإلى أن تحرير فلسطين جهاد في سبيل الله وهذا مانادى به رؤساء ثمان وثلاثين دولة — لم تكن مصر من بينها — في مؤتمر القمة الثالث الذى عقد عن فلسطين والقدس (يناير سنة ١٩٨١) حيث أعلنوا الجهاد ضد اسرائيل . فضلا على أن المادة الأولى من دستور منظمة التحرير الفلسطينية تؤكد على

الصفة العربية لفلسطين وأنها جزء لا يتجزأ من الوطن العربي الكبير وتحدد شروطا لمواطنة اليهود في فلسطين ، الأمر الذي يثير التساؤل حول الدعوة إلى إنشاء دولة علمانية في فلسطين لاسيما وأن أحد القرارات التي صدرت عن اجتماع المجلس الوطني الفلسطيني (القاهرة سنة ١٩٧١) يقضى باستعادة فلسطين بالجهاد . وتنعكس تلك الحقائق التي تمثل تغيرا في قيم المنطقة العربية على مفاهيم بعض المسؤولين فنجد مثلاً أن أحمد بن بلا — رئيس عصبة حقوق المسلمين — يؤكد في تصريح له سنة ١٩٨٢ بأن هناك تطوراً طرأ على العلاقة بين العربية والإسلام . وهو محق في ذلك لأننا نشهد اليوم انبعاث فكرة الأمة الإسلامية ولكن في صورة قومية عربية ونلاحظ تحول الدمة الإسلامية إلى دمة عربية . ولذا فإن نظرة الكثيرين إلى إسرائيل الآن هي على أنها دولة دمة تمثل توسعا سياسيا يناقض كما اسلفت ، التزامات الدمة .

والدمة كما اسلفت — هي عهد اى عقد بين المسلمين وغير المسلمين تحكمه قواعد عقد القانون الخاص ، ويرتبه ابن تيمه بعد عقد البيع والزواج والهبة (النووي—مناهج الطالبين ، ١٩٨٢ ، ص ٢٧٥) . ولكنه عقد له ذاتية ولذا لا يحرم من الدمة الا الفرد الذى ينتهك العقد . ثم إن العقد يقيم التزامات على الدولة الإسلامية والفرد المسلم ولذا يقارب بعض الباحثين بينه وبين العقد الذى كان يعرف عند الرومان باسم *deditio* الذى كان يرمز بين روما وبين المدينة المهزومة ويجعل من رعاياها ما يسمى *cleent* وهو وضع قرى من وضع الدمي . وتلك مقارنة ظالمة وإن كان يعذرنا أنها تستند إلى التصور المجحف الذى قال به بعض الفقهاء عن الدمة وهو تصور اناقشه فيما بعد . بيد أن هذا الاساس الوفاق نسي مع الزمن وقت أن قويت شوكة الدولة الإسلامية وأنار لها الدهر بكل كلكله فأصبحت نظاما يفرضه الامام الإسلامى بارادته ولم تعد عهداً يرمز بشروطه . ولما كانت العهود هي الصورة الأولى لتنظيم اوضاع الدمي وعنها نقل الفقهاء أو بها اهتموا فيما انتهوا اليه من آراء فقد اختلفت نظرتهم وتباينت فكرتهم كما اختلفت تلك العهود في احكامها وتميزت كثير منها في نظامها .

سنة الرسول تتصدر :

يستقي الأساس الأول لنظام الذمة من العهود التي اعطاها الرسول ﷺ إلى يهود ونداء الرب بالبنزيرة وقد كان أهم تلك العهود بالنسبة لليهود هو عهد خير وفدك "ما رايها ، وأبرزها بالنسبة للمسيحيين هو عهد لنصارى نجران . ويزعم البعض أن الرسول قد خلف بياناً يخاطب فيه كل الناس وأن الرسول كتب هذا البيان لأهل نجران بقيادة السيد الغساني المسيحي ، وقد سجل إلى السيد بن حارث بن كعب وكل من يدينون بالمسيحية في الشرق والغرب القريين والبعيدين عرباً وغير عرب معروفين ومجهولين يعلن فيه حماية المسيحيين بعدتهم وعتادهم وحماية اشخاصهم ودور عبادتهم ويلتزم بأن يدفع عنهم كل مكروه ولا يحملهم عبثاً أو التزاماً وأن يضع المجاهدين من غزوهم أو اجبارهم على دفع مالا يقبلون من ضرائب أو على اعتناق الإسلام جبراً والا يتدخل في شئونهم الدينية وأن يمد المسلمون يد العون والمساعدة لمن يرتكب من المسيحيين جريمة أو مخالفة وأن يحمل الضحية على تسوية الأمر معه بالعفو أو بالله كما بكرن على المسلمين أن يعينوا المسيحيين في ترميم دور عبادتهم أو إعادة بنائها . على ألا يحاربوا المسلمين ولا يظاهروا عدواً وأن يستضيفوا المسلم ثلاث ليل و ثلاثة أيام ويقدموا له الطعام خلال الضيافة مما يطعمون دون مقابل (Bar Hebraeus- Chron Ecel. Canonique Nestorienne de Seert, x III, pp. 600 sq.)

وهذه نسخة من هذا العقد احداها في دير سانت كاترين (سيناء) وتنسب كتابتها إلى علي بن أبي طالب في يوم من السنة الثانية للهجرة وعليها توقيع اثنين وعشرين شاهداً من الصحابة (Bulletin de L'Institut Egyptien des Mardis de Dar al Salam, le Caire, 1952, p. 219)

ولكن البعض يزعم أن الأصل كتبه معاوية بن أبي سفيان بإملاء الرسول كي يعطى عهداً للمسيحيين اليعوقيين (سيحو — عهود بني الإسلام والخلفاء الراشدين للنصارى في المشرق — بيروت ، ١٩٠٨ ، ص ٦١٦) .

وهناك نسخة أخرى في المكتبة القبطية بالقاهرة ولعلها الوثيقة الوحيدة في التاريخ الإسلامي الأول التي تحمل تاريخين أحدهما هجري (٣ محرم سنة ٢ هجري) والثاني ميلادي (أول اغسطس سنة ٦٢٢ ميلادي) . وهناك أيضا أصل آخر لدى بطريك الارمن الكاثوليك بالقسطنطينية وقد نشرته مجلة المعارف في بيروت تحت عنوان « ليس للمسيحيين ما يخشونه » فاثار ضجة كبرى في الرأي العام .

ويؤكد كثير من المستشرقين أن هذا العهد صحيح وأن نسبه للرسول سليمة ولذا عكفوا على دراسته وتحليله (انظر Sacy, S. De-memoire sur le droit de propriété territoriale en Egypte, Bibliothèque des Arabisants Français, I ere Seire, T. II, I. F. A. 'C., Le Caire, 1923.

ويذهب Ricant في كتابه Histoire de l'etat present de l'Empire Ottoman إلى أن هذا البيان قد وضع في وقت كانت الدولة الإسلامية لازالت ضعيفة وفي مرحلة النمو واشتداد الساق ولذا فقد قصد بهذا البيان دفع عدوان المسيحيين وتوقي بغضائهم .

والواقع أن هذا البيان اختلاق ولم يصدر عن الرسول ﷺ : وهذا قول أؤيده بالبراهين التالية :

- ١ — لم يعرف المسلمون التاريخ الهجري إلا في عهد عمر وتبعاً فإن أراد تاريخ هجري على الوثيقة لابد أن يقدح في سلامتها ثم إن الوثيقة حلت التاريخ الميلادي الأمر الذي يثير الشك قويا في مدى صدق وثيقة — تحمل تاريخين لا يتطابقان إذ أن التاريخ الهجري المدون عليها — وهو ٣ محرم سنة ٢ هـ يقابله في الحقيقة ٧ يوليو سنة ٦٢٣ .
- ٢ — لغة البيان لغة ركيكة وضعيفة على عكس لغة العصر المنسوب إليه عامة ولغة الرسول الذي أوتي جوامع الكلم خاصة .
- ٣ — نسب إلى معاوية أنه حرر بعض الأصول في سنة ٢ هـ في حين أن معاوية لم يدخل الإسلام إلا في السنة الثامنة للهجرة ، أما في السنة

الثانية للهجرة فكان لازال يقف وسط المحارين للإسلام . كما أن ممن نسب إليهم التوقيع على البيان شاهداً كان قد قضى نحبه في التاريخ المذكور على الورقة .

٤ — لو أن هناك بياناً كهذا لكان أحق الناس بتطبيقه هم الخلفاء الراشدون وأولهم أبو بكر .

ومن ثم فاني استبعد هذه الوثيقة من بين الوثائق السليمة التي اعتمدها في اقتباس سنة الرسول حيال أهل الذمة . واغلب الظن أن الذي اختلق تلك الوثيقة قسيس نسطوري ولكن استبعادى لها لايعنى معارضتى لكل ماجاء فيها وإنما استبعدتها حتى لا يكون هناك مجال — من حيث المبدأ — لان نقيم احكاما تستمد من وثائق قد دست على الإسلام . ومن ثم فإن سنة الرسول في خصوص أهل الذمة إنما تستمد من العهود التي اعطاها في مناسبات مختلفة لاناس بعينهم . وأول عهد أعطاه الرسول لأهل الكتاب خارج المدينة كان عهده ليهود خيبر سنة ٦٢٨ (أى العام الهجرى السابع) وخيبر واحة تقع على مبعدة ١٤٠ ك . م شمال غرب المدينة . واعطى العهد بعد أن سلمت خيبر إثر حصار دام شهراً ونصف الشهر فقد أبقي الرسول على حياتهم وأموالهم ولكنه فرض عليهم أن يدفعوا له نصف محصول مايزرعون . ويقول ابن سعد إن هذا يرجع إلى أن المسلمين لم يكونوا قد دربوا بعد على فلاحة الأرض وزراعتها . وقد طبقت الاحكام ذاتها في العهود التي كانت بين الرسول وبين مناطق تجاور خيبر وهي فداك ووادي القرى إلا أن وادي القرى تولى عليه وال مسلم . « عامل محمد يهود خيبر بغير ماعامل بنى قينقاع وبنى النضير حين أجلاهم عن أرضهم لانه آمن بسقوط خيبر بأس اليهود وأمن بانهم لن تقوم لهم بعد ذلك قائمة ابدا . ثم إن ماكان بخيبر من الحدائق والمزارع والنخيل كان يحتاج إلى الأيدى العاملة الكثيرة لاستغلاله وحسن القيام على زراعته ولئن كان انصار المدينة أهل زراعة فإن أرضهم كانت بحاجة إلى أذرعهم ، كما أن النبي كان بحاجة إلى جيوشه للحرب فهو لايرضى أن يتركها للزراع وقد كان من

احسان النبي معاملة يهود خيبر أنه كان من بين ماغنم المسلمون حين غزوها عدة صحائف من التوراة فطلب اليهود ردها فأمر النبي بتسليمها لهم ... ولما احب يهود خيبر الصلح أثناء محاصرة المسلمين اياهم في حصن الوليج والسلام بعث النبي الى أهل فدك كي يسلموا برسالته أو يسلموا أموالهم . ودفع في نفوس أهل فدك الرعب بعد الذي علموا من أمر خيبر فتصالحوا على نصف أموالهم من غير قتال . فكانت خيبر للمسلمين لانهم قاتلوا لاستخلاصها وكانت فدك خالصة لمحمد لان المسلمين لم يجلبوا على نجيل ولا ركاب .

وتجهز الرسول بعد ذلك كله للعودة إلى المدينة عن طريق وادى القرى فتجهز يهودها لقتال المسلمين وقاتلوا لكنهم اضطروا للاذعان والصلح كما صنعت خيبر . أما يهود تيماء فقبلوا الجزية من غير حرب ولاقتال » (محمد حسين هيكل — حياة محمد ، القاهرة ، ١٩٣٥ ، ص ٣٥٦ — ٣٦٠) .

وفي يهود خيبر نزل قوله عز وجل « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » (التوبة / ٢٩) . ويثور جدل فقهي كبير حول معنى الآية ، والمقصود من عبارة « عن يد وهم صاغرون » . فمن الفقهاء نفر كبير يقول إن الآية تستهدف اذلال اليهود — أو أهل الكتاب — بوضعهم في موضع الصغار . وقد اختلف هذا الفريق في كيفية امتحان كرامة أهل الكتاب . فنجد أن الشافعي يرى أن مجرد دفع الجزية فيه اذلال كاف لأهل الكتاب أما الزمخشري فيشترط في دفع الجزية أن يحملها الذمي بنفسه ويقدمها زاحفا وعندئذ يأخذه الجاني من رقبته ويقول له ادفع الجزية ايها الذمي ويضرب على عنقه . والحق أن المرء لا يملك أن يمك نفسه من العجب عندما يقرأ آراء كهذه لاسماء لها مكاتبا في الفكر الإسلامي . لان من يقول بمثل هذه الفعال الهمجية أو يتغنى بمثل تلك التصرفات اللا انسانية لابد أن يكون جاهلا بأبسط مبادئ أصول الدعوة الإسلامية وأوليات المبادئ الخيفية السمحاء فاستبدت به غلظة الكبد وفضاظة القلب وقد نبى

عنها القرآن الكريم « ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك » ونسى أو تناسى الحكمة والموعظة الحسنة وهى سبيل الدعوة وجهل بأن الناس جميعا لآدم وآدم من تراب ولم يصل إلى علمه ما قاله الرسول عن كيفية معاملة أهل الكتاب . وإذا كان الرسول قد انكر على المسلمين أن يعرضوا يهود بنى نريظة — بعد أن حكم عليهم بالقتل — لحرارة الشمس فأمر بأن يحسن لمسلمون القتلة فكيف به يقبل من اتباع دينه أن يفعلوا بأهل الكتاب — وقد رتبوا معهم بعهد وموادة — مثل هذه الأفعال الشنعاء .

إن الآية الكريمة التى اثار الحماض المتعصب تتكلم عن حاد عن جادة الصواب فكفر بالله واليوم الآخر ولم يحرم ما حرم الله ورسوله وتنكب دين الحق ولكنها لم تفرض على أهل الكتاب اعتناق الإسلام . وتبعا فالأمر بالقتال لا يشمل كل من اوتى الكتاب . وإنما الفريق منهم الذى تصدق عليه حيثيات الحكم التى جاءت فى صدر الآية وهذا قول يزكيه مفهوم الآية الكريمة « وليحكم أهل الانجيل بما أنزل الله فيه ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون » (المائدة / ٤٧) ، ومن قبلها يقول الكتاب الكريم « إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين اسلموا للذين هادوا والربانيون والاحبار بما استحفظوا من كتاب الله وكانوا عليه شهداء » (المائدة / ٤٤) . ويستفاد من هاتين الآيتين وآيات أخرى أن الطريق القويم الذى يتكلم عنه القرآن بالنسبة لأهل الكتاب ما بقوا على كتابهم هو ما جاء فى الانجيل والتوراة .

وقد قلت فى أكثر من مناسبة إن ما أنزل فى كتب أهل الكتاب من توحيد الله وعدم الشرك به هو الأساس المشترك لعلاقة السلام بين الفريقين : المسلمين والكتابين . وإذن فالآية تأمر بقتال يفرض على أهل الكتاب أن يسلكوا الطريق المستقيم بمفهومه الذى اسلفت . ومن ثم فالآية لا تتجه إلى إذلال أهل الكتاب وإنما إلى ضبط سلوكهم ودليل ذلك أن دفع الجزية ربط بالقدره بقوة . « عن يد » ولذا فإن صغارهم هنا يعنى تسليمهم الكلى والقضاء على أرضهم حتى لا يعطوا الفرصة لتكرار ما فعلوا من سلوك مشين .

انتقل بعد ذلك إلى عهد آخر أعطاه الرسول وهو عهده للبحرين التي اسلم أميرها المنذر بن ساوا وتحت حكمه يهود ومجوس . ويقضى العهد النبوى بأن يدفع هؤلاء الكتايبون جزية قدرها دينار للنفر الواحد بسعر صافر (وهى قبيلة فى اليمن) على ألا يأكل المسلمون ذبيحة المجوس ولا ينجسون نساءهم وكانت جزية أهل البحرين أول ضريبة تدخل بيت مال المسلمين وقد بلغت فى السنة العاشرة من الهجرة ثمانين ألف درهم .

أما فى تبوك فقد أثر الروم الانسحاب فلم ير الرسول محلا لتبوعهم داخل بلادهم وأقام فترة عند الحدود وكان يوحنا بن رؤبة صاحب أيلة أحد الأمراء المقيمين على الحدود فتقدم بالطاعة وصالح محمدا وأعطاه الجزية . وهذا نص ماكتبه الرسول ليوحنا . « بسم الله الرحمن الرحيم . هذه أمانة من الله ومحمد النبى رسول الله ليوحنا بن رؤبة وأهل أيلة سفنهم وسيارتهم فى البر والبحر لهم ذمة الله ومحمد النبى ومن كان معهم من أهل الشام وأهل اليمن وأهل البحر . فمن أحدث منهم حدثا فإنه لا يحول ماله دون نفسه وأنه طيب لمحمد أخذه من الناس ، وأنه لا يحل أن يمنعوا ماء يردونه ولا طريقا يريدونه من بر أو بحر » وقد فرضت جزية على أهل تبوك بمبلغ جزاى قدره ٢٠٠ دينار (ويقال إنها تعادل دينارا على الذكر الراشد) .

وكان عهد الرسول لنجران آخر ما أعطى من العهود (٦٣١ م / ١٠ هـ) ونجران فى اليمن وهى منطقة تتميز بالثراء وسكانها معظمهم من المسيحيين . وقد أقر الرسول أهلها على شروط اشترطها واشتروطوا هم وكتب لهم عهداً هذا نصه : بسم الله الرحمن . هذا كتاب محمد النبى لأهل نجران إذ كان له عليهم حكمة ، فى كل ثمرة وصفراء أو بيضاء أو رفيق فافضل عليهم وترك ذلك كله على ألفى حلة من حلل الأواقي فى كل رجب .. ألف حلة وفى كل صفر ألف حلة ، وكل حلة اوقية فما زادت حلل الخراج أو نقصت عن الأواقي فبالجساب . فما قصوا من دروع أو خيل أو ركاب أو عرض أخذ منهم فبحساب .

وعليهم عارية ثلاثون درعا وثلاثون فرسا وثلاثون بعيرا إذا كان كيد بالسجن ومعة . وماهلك مما يعار رسل من درع أو خيل أو ركاب فهو ضمن على رسل حتى يؤدوه اليهم .

ولنجران وحاشيتهم جوار الله وذمة محمد على أموالهم وانفسهم وأرضهم وثلثهم وغائبهم وشاهدتهم وعبادتهم وبيعهم (وملتهم) (وكل ماتحت ايديهم من قليل أو كثير) لا يغير اسقف من سقيفة ولا راهب من رهبانته ولا واه من وفيهاة (وليس عليهم ربة ولا دم جاهلية) ولا يحشرون ولا يعشرون ولا يطيأ أرضهم جيش . من يسأل منهم حقافينهم النصف غير ظالمين ولا مظلومين (بنجران) ومن أكل ربا من ذى قبل فذمتى منه بريئة ولا يؤخذ رجل بظلم آخر . وعلى ما في هذا الكتاب جوار الله وذمة محمد أبداً حتى يأتي الله بأمره فانصحو واصلحو ما عليهم غير متقلين بظلم » (نقلا عن الخراج لابي يوسف ، ١٩٨١ ، ص ١٥٧ — ١٦٠) وقد جاءوا الخلفاء الراشدين واحدا بعد الآخر فكان كل منهم يكتب لهم عهدا .

وقد اهتم الباحث الاب لامنس بتلك الوثيقة وأولاهها دراسة متعمقة خرج منها بأنها ليست عن خضوع فرضه الرسول ولكنه وفاق ابرم بين ندين وثم بالارادة الحرة لكليهما على قدم المساواة . وهو يلزم أهل نجران بأن يقدموا كل ستة أشهر ألفي قطعه من القماش مما تخرجه مصانعهم (وقد قدر ثمن القطعة درعاً للنزاع) . كذلك تحدد ما يجب أن يقدموه للمسلمين من سلاح وخيل ، وذلك بوصفهم حلفاء . ويضيف لامنس أن أهل نجران لم يكونوا من دافعي الذمة وإنما عليهم إذا طلب منهم أن يقوموا بتجهيز قوات المسلمين التي تعمل في اليمن ولكنهم يفعلون ذلك فرضا على المسلمين الوفاء به . ويقول ماسينيون إن عهد نجران قد سبق أو كان باعثة اقتراح بمباهلة: (Fattal, Antoine- lc انظر Statut Légal des non Musulmans en pays Islam, Beyrouth, 1959, pp. 24-26).

بعد الرسول (الخلافة الراشدة) :

واكبت العهود التي اعطيت للذمين بعد وفاة الرسول الفتوح الإسلامية

ولذلك فهناك عهود أعطيت في الجزيرة العربية لنصارى نجران وتغلب وعهود أعطيت في العراق وأخرى في سوريا وثالثة في بلاد فارس وأرمينية وأفريقيا وكذا اسبانيا ويضيق المقام عن تتبع هذه العهود لاسيما وأن تسلسلها التاريخي محل خلاف وجدل ونصوصها ليست محل اتفاق بين الباحثين ولعل مرجع ذلك أن العرب لم يكتبوا تاريخهم إلا في مرحلة متأخرة من فتوحاتهم وكان البلاذري وابن الحكم أول من كتب وكان ذلك في النصف الثالث الهجري .

كما أن الفقهاء لم يبدأوا جهودهم في تقنين نظام للذميين إلا في ذلك القرن الثالث .

ولذا فإنني ألخص هذا العصر بالاشارة إلى ثلاثة عهود :

١ — عهد عمر إلى بنى تغلب : وقصة تغلب — وهى قبيلة نصرانية عرف عنها الكبرياء والاباء — تحكى أن عبادة بن النعمان التغلبى قال لعمر بن الخطاب إن بنى تغلب من علمت شوكتهم ويأسهم ازاء العدو فإن ظاهروا عليك العدو واشتدت مؤنتهم فإن رأيت أن تعطهم شيئا فافعل فصالحهم عمر على ألا يعمدوا أحدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم الصدقة وعلى أن يسقط الجزية عن رؤوسهم .

٢ — الصلح الذى تم مع الجراحمة (٢٣٩ م / ١٨ هـ) وهم قوم عند انطاكية . وكانوا قد اتفقوا مع ابي عبيدة على أن يكونوا له مرشدين وجواسيس وأن يسهروا على حراسة الموانى . وعلى الزغم من أن الجراحمة لم يكونوا أوفياء تماما لعهدهم إلا أنهم كانوا محاربين أشاوس ولذا اعفوا من الجزية وكانوا يقتسمون الغنيمة مع المسلمين إذا حاربوا معهم . وظل هذا حالهم إلى خلافة المتوكل .

٣ — عهد عمر أو الشروط العمرية إن هذا العهد — أو الشروط — الذى ينسب إلى عمر بن الخطاب والذى تضمنته بعض المراجع القديمة — مثل الطرطونى وابن عساكر والسيوطى — يتلخص فيما يلى :

أ — منح الامان للذمي في بلاد العرب . ب — عدم بناء كنائس أو أديرة أو دور عبادة جديدة وعدم اصلاح مايتهدم منها . ج — تقديم الضيافة لكل من يمر بهم من المسلمين مما قد يضرهم . د — عدم منح ملجأ لجاسوس وعدم اخفاء شيء عن المسلمين مما قد يضرهم . هـ — لا يعلمون القرآن لابنائهم ولا يجهرون بعبادتهم ولا يمنعون اقرباءهم من اعتناق الإسلام . و — توقير المسلمين والقيام احتراماً لهم عندما يجلسون ولا يلبسون مما يجعلهم يظهرون بمظهرهم سواء بارتداء القلنسوة أم العمامة أم الاحذية أم طريقة تصفيف الشعر ولا يكتبون بكنيتهم ولا ينقشون اختامهم بالحروف العربية ويربطون على وسطهم زناراً . ز — لا يبيعون خموراً ولا يظهرون صليهم ولا كتبهم في طرقات يطرقتها المسلمون ولا في اسواقهم ولا يقرعون ناقوس كنائسهم ولا يرفعوا اصواتهم في حضرة المسلمين ولا يسيرون بمواكبهم يوم الأحد أو في الاعياد ولا يصيحون على اموالهم ولا يدفنون الموتى على مقربة من المسلمين ولا يكون لهم مطل على صوت المسلمين ولا يستخدمون الصيد شركة مع المسلمين .

ويقال إن هذه الشروط قد تضمنتها رسالة من عبد الرحمن بن جن إلى عمر بن الخطاب وأن عمر بن الخطاب قد صدقها بعد أن أضاف إليها شرطين :
أ — لا يجوز لهم شراء اسرى المسلمين .
ب — من يعتدى على مسلم عمدا يفقد ضمان العهد .

لقد اشار إلى هذا العهد كثير وإن اختلفت صيغته بينهم فمثلاً نجد أن النص الذي ورد في ابن عساكر يتضمن حكماً يقول فيه إن الذميين سيدفعون الجزية عن يد وهم صاغرون . ويضيف ابن عساكر أن هذا العهد ليس إلا العهد الذي أعطاه ابو عبيدة لاهل دمشق وسوريا ... والطريف أن ابن عساكر ينسب إلى خالد بن الوليد عهداً آخر اعطاه للشام وهو يختلف في كثير من نصوصه عن الشروط العمرية .

وأغلب الظن أن هذا العهد ليس له ظل من الحقيقة للاعتبارات التالية :
 أ — اختلاف نصوص ذلك العهد في روايات الكتاب الذين أشاروا إليه
 وأوردوه .

ب — أن الشروط العمرية — كما صورها المؤرخون المسلمون — هي شروط
 رفعها المسيحيون في الشام إلى عمر وقد صدقها عمر — كما قلت —
 بعد أن اضاف إليها الشرطين سالفى الذكر . وأن المرء لا يملك إلا أن
 يتساءل كيف أن قوما غلبوا على امرهم يقترحون شروطا بهذا التفصيل
 يفرضون فيها على انفسهم أحكاما تذلهم وتقلل من قدرهم .

ج — لاتحمل الشروط اسم مدينة الأمر الذى يثير الدهشة بالنسبة لوثيقة
 دبلوماسية بهذه الاهمية .

د — تأرجح الكتاب في نسبة هذه الشروط فهم احيانا ينسبونها إلى عمر بن
 الخطاب وأحيانا ينسبونها إلى ابى عبيدة وأحيانا اخرى إلى خالد بن
 الوليد .

هـ — لم ترد فيما ذكره مؤرخو المغازى اشارة إلى تلك الوثيقة مع أنهم كانوا
 حريصين على ايراد الوثائق بدقة .

و — أن التفصيل الذى جاءت به الشروط لا يتسق مع العقلية البسيطة
 والصياغة غير المعقدة التى كان لازال العرب يسيرون عليها في عهد
 عمر . ويصعب على المرء أن يتصور أن عمر بن الخطاب بما عرف عنه
 من عدل وانصاف يفرض مثل هذه الشروط المجحفة على الذميين .

إن الأقرب إلى المنطق هو أن هذا العهد وضع في تاريخ لاحق ثم نسب إلى
 عمر بن الخطاب . وهذا ايضا هو ما يعتنقه كثير من المستشرقين . وربما كان
 العهد قد صنع في عهد عمر بن عبد العزيز الذى عرف بتشدده في معاملة
 الذميين ثم نسب خطأ إلى عمر بن الخطاب (انظر انطوان فتال — المرجع
 السابق ، من ص ٦٧ — ٦٨) .

ولكن الشروط العمرية تغنى في مناقشة ما قال به الفقهاء في احكام الذميين

لأنها تعبر عن كثير من وجهة النظر الفقهية التقليدية في هذا الخصوص ، ولذا فاقى اكتفى بها في هذا المقام وأحيل إلى العهد النموذجي الذي اقترحه الشافعي .
انتهاء عقد الذمة :

فإذا تابعنا الفكر الإسلامي التقليدي نجد أن الذمة تنتهي في أحوال تختلف حولها الفقهاء وإن اجتمعت كلها عند فكرة الإخلال بالعقد .

بد هي أن الذمة تنتهي عندما يخل الذمي بأحكامها ويقول الفقهاء إن تقرير ما إذا كان الذمي قد أخل بأحكام الذمة هي سلطة تقديرية للدولة الإسلامية .
ويرى ابن حنبل والمالك بن القاسم أن عقد الذمة ينتهي بحكم القانون في الحالات التالية :

أ — إذا حمل الذمي السلاح ضد المسلمين أو انضم إلى دار الحرب . ب — إذا رفض الخضوع لأحكام الشريعة الإسلامية والقضاء الإسلامي . ج — إذا امتنع عن دفع الجزية . د — إذا منح ملجأ لجاسوس أو مشرك أو ساعد أعداء المسلمين أو زودهم بمعلومات . هـ — إذا قتل عمدا مسلما أو مسلمة . و — إذا لم يوقر الله ورسوله وكتابه ودين الإسلام . ز — إذا ارتكب النحشاء مع مسلمة أو تزوجها . ح — إذا ارتكب جريمة قطع الطريق .

أما أبو حنيفة فيرى أن عهد الذمة لا يسقط إلا عند رفع السلاح . ويضيف الشافعي أيضا حالتى النكول عن الخضوع لأحكام الشريعة وقضائها أو دفع الجزية ، أما باقى ما أورده أعلاه فلا ينهى عقد الذمة الا إذا ذكر ذلك صراحة في عهد الذمة .

وعند مالك لا يحمل عهد الذمة الا في حالة واحدة هي أن يرتكب الفحشاء مع مسلمة أو يتزوجها . ويرى مالك أن هناك شروط اضافية ينصح الامام بأن يفرضها على الذمي تلك هي :

أ — أن يميز نفسه في مظهره الخارجى . ب — ألا يرفع بناءه فوق بناء المسلمين . ج — ألا يقرع الناقوس أو يؤدى الصلاة بصوت عال أى مرتفع . د — ألا يبيع النبيذ علناً أو يظهر صليبه أو يعرض الخنزير . هـ — أن يدفن موتاه سرّاً ولا يصيح باكياً عليهم . و — ألا يركب الخيل .

ويجهد الماوردى فرض تلك القيود ولكنه لا يرى أنها آمرة إلا اذا نص على ذلك صراحة فى عهد الذمة .

وحتى عند النص عليها فى العهد فإن مخالفتها لا تؤدى إلى انتهاء العهد وإنما يجبر الذميون بالقوة على احترامها ويعاقبون على مخالفتها .

ويذهب بعض الفقهاء — مثل ابن النقاش — إلى أن مخالفة أى من الشروط العمرية يؤدى إلى انقضاء الذمة . ويتغالى البعض — مثل الطبرى وابن تيمية — فيقولون إن الذمى لا يتمتع بالذمة إلا اذا كان المسلمون فى حاجة إلى خدماته فإن استغنوا عن تلك الخدمات كان للامام أن ينفيه كما نفى الرسول يهود المدينة وكأن عهد الذمة عقد استغلال ينتهى بانتهاء ما يمكن أن يحققه من عائد .

ويقول ابو حنيفة إن الذمى الذى يخالف عقد الذمة يقتل وتسمى امرأته وأولاده . أما الشافعى وابن حنبل فيرون أن الذمى يصبح عندئذ حريباً ويكون للإمام بالخيار بين قتله أو استرقاقه أو طلب فدية له أو أن يمن عليه . أما مذهب الماوردى فهو أن الذمى لا يتعرض لتلك العقوبات إلا اذا حمل السلاح ضد المسلمين والا فانه ينفى من الارض الإسلامية ويعطى الامان حتى يصل إلى مأمنه الاقرب فى دار الحرب فإذا لم يغادر الأراضى رغبا فانه يجبر على مغادرتها رهبا .

وإذا أسلم الذمى اعفى نفسه من عقوبة القتل أما عقوبة الاسترقاق فلا يعفى منها الا إذا تم اسلامه قبل صدور الحكم عليه .

اختفاء نظام الدمة :

سقطت بيزنطة التي كان يطلق عليها كنانة الله في ٣٠ مايو سنة ١٤٥٣ في يد الاتراك بيد أن الغزاة أعطوا ذمتهم لبطريك القسطنطينية جريناديوس سكادريوس Grenadios Schdarius واحتسب المسيحيون بتلك الدمة . فلما كان عام ١٧٧٤ أبرمت تركيا معاهدة كيتشوك كاينارجي مع روسيا وفيها أقرت تركيا لروسيا بأن تقوم روسيا بحماية رعايا الامبراطورية العثمانية من المسيحيين الارثوذكس .

والحق أن تلك المعاهدة كانت علامة خطيرة في تاريخ تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية داخل تركيا إذ بها بدأ نظام الدمة يمتزج بنظام الاجانب على الرغم من أن الامتيازات لم تقرر لأية دولة أوروبية بحق حماية المسيحيين . وقد اختفى نظام الدمة كلية من الامبراطورية العثمانية بصدور خطي شريف كلخانة (١٨٣٩) من قبل السلطان عبد الحميد والذي أعلن المساواة بين المسلمين والمسيحيين .

وحرى بالذكر أن المركز المتميز للاجانب في الدولة الإسلامية كان قد بدأ قبل د. ١٠٠٠ الفerman المذكور بقرابة خمسة قرون ذلك أن المسيحيين الذين كانوا يقيمون بعد الحروب الصليبية — والذين هم من جنسية غير جنسية دولة الإسلام — كانوا يخضعون لسلطة قنصلهم ويقيمون على جنسيتهم ومركزهم الممتاز الذي كان يحول لهم بمقتضى معاهدات — التمتع بمزايا كبيرة (انظر

Vanderpol, A.- La doctrine scholastique du droit de gens, Paris, 1925, p. 225 والحق أن عهود الدمة الأولى بين أن تكون قد قصدت إلى قوم بذواتهم وهؤلاء يصعب علينا اليوم أن نتبع بقاءهم ولما أنها قصدت إلى تطبيق ما جاء بها من احكام على أقاليم بعينها وعندئذ تكون هذه العهود قد سقطت بالترك لأنها لم تطبق على تلك الأقاليم منذ قرون وقد حلت محلها نظم أخرى دون اعتبار لتلك العهود . صحيح أننا يمكن أن نتدى بما جاء في تلك العهود وهذا

مأفعله كما أننا لا بد أن نناقش ما قال به الفقهاء التقليديون في هذا الخصوص
 كيما ننتهي إلى الرأي الذي يحسن تبنيه . وقبل ذلك كله استهدى القرآن الكريم
 والحديث الشريف .

لقد قسم القرآن الكريم — فيما أفهمه — « أهل الكتاب » قسمين : قسم
 جعله من الصالحين وقسم الحق بالمشركين أما الطائفة الصالحة فقد قال فيها
 كتاب الله آيات أسوق منها مايلي :

— « ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده اليك » (آل عمران /
 ٧٥) .

— « ليسوا سواء ، من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم
 يسجدون يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر
 ويسارعون في الخيرات وأولئك من الصالحين » (آل عمران / ١١٣ ،
 ١١٤) .

— « وإن من أهل الكتاب لمن يؤمن بالله » (آل عمران / ١٩٩) .
 وأما الفريق الذين ذمهم الله في القرآن الكريم فقد نزلت فيهم آيات أورد
 منها مايلي :

— « ود كثير من أهل الكتاب لو يردونكم من بعد إيمانكم كفارا حسدا من
 عند انفسهم من بعد ما تبين لهم الحق » (البقرة / ١٠٩) .

— « يا أهل الكتاب لم تكفرون بآيات الله » (آل عمران / ٧٠) .

— « قل يا أهل الكتاب لم تصدونني عن سبيل الله » (آل عمران / ٩٩) :

— « يسألك أهل الكتاب أن تنزل عليهم كتابا من السماء فقد سألوا موسى
 أكبر من ذلك » (النساء / ١٥٣) .

— « قل يا أهل الكتاب هل تنقمون منا إلا أن آمنا بالله » (المائدة / ٥٩) .

والمعيار الذي جرى عليه التقسيم هو اقامة احكام الكتب التي انزلها الله
 عليهم « ولبحكم أهل الانجيل بما أنزل الله فيه » (المائدة / ٤٧) « قل يا أهل
 الكتاب لستم على شيء حتى تقيموا التوراة » (المائدة / ٦٨) .

والقول عندئذ أن من ذمهم القرآن الكريم ليسوا أهل كتاب في الحقيقة لانهم كما وصفهم الله تعالى ليسوا على شيء بل هم كفار « إن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين في نار جهنم خالدين فيها أولئك هم شر البرية » (البينة ٦ /) .

ومن ثم فإنهم يخرجون عن أهل الكتاب الذين اناقش الاحكام بالنسبة لهم ، فمن اقصدهم بأهل الكتاب هنا ليسوا هم أولئك الذين أمر الله بأن يدفعوا الجزية وهم صاغرون . ثم انى ارى حتى بالنسبة لأهل الكتاب هؤلاء بالمفهوم الذى اسلفت أن يجرى التميز فى واقع معاملة أهل الكتاب بين كل من اليهود والنصارى بمعنى أننا عندما نطبق الاحكام التى اوردها فيما يلى يجب أن نحذر فى معاملة اليهود وأن نفضل عليهم النصارى إذا تساوت الظروف والمؤهلات . وقولى هذا يستند إلى الآية الكريمة « لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا ولتجدن اقربهم مودة للذين آمنوا الذين قالوا إنا نصارى ذلك بأن منهم قسيسين ورهبانا وأهم لا يستكبرون » (المائدة / ٨٢) .

إن نظرة منصفة محايدة إلى مركز أهل الكتاب فى الجماعة الإسلامية تكشف عن أن النظرة المتغالية التى غلبت على الفقه الإسلامى لاتتسق مع أحكام القرآن الكريم والأحاديث الشريفة والممارسات الراشدة وما أحسب هذه المغالاة إلا رغبة فى معاونة الحاكم ومقابلة طموح السلطات : ولذا فانا لانستطيع أن نتعامل مع اجتهاد الفقهاء فى هذا الخصوص على أنه يمثل قواعد الزامية أو أحكاما من النظام العام . ولعل المبدأ العام الذى يمكن أن نستنبطه من استقراء الاحكام والممارسات هو أن تحديد مركز أهل الكتاب فى الجماعة الإسلامية إنما يرتبط بما يحقق الصالح العالم ويجارى الخير المشترك فهم أحيانا لا يعتبرون من أهل الذمة — فى المفهوم الذى شرح به الفقه هذا المصطلح شأن أهل الكتاب داخل الدولة الإسلامية المعاصرة الذى لا بد أن يراعى فيه مقتضيات الزمان وما يتفق وصالح الامة الإسلامية مادام أنه لا يخالف نصا فى القرآن أو حكما فى الحديث .

والحكم العام الذى يطبق — فيما أرى — فى دولة الإسلام على أهل الكتاب هى القاعدة العامة « لهم مالنا وعليهم ماعلينا » فإن أردت أن أترجم ذلك فى لغة القانون فانهم يعاملون على قدم المساواة مع المسلمين . وطبعى أن تكون مساواة أمام القانون وليست مساواة فى القانون ذلك أن بعض الحقوق والحريات لها مواصفات قد لا تنطبق على أهل الكتاب برئاسة الدولة الإسلامية مثلاً لا تكون إلا لمسلم والعكس صحيح . أما الوزارة فقد قسمها الماوردى قسمين : وزارة تفويض أى أن يستوزر الإمام من يفوض اليه تدبير الأمور برأيه وامضاءها على اجتهاده ويعتبر فى تقليد هذه الوزارة شروط الإقامة عند النسب وإذن فلا يتولاها أهل الكتاب ، ووزارة تنفيذ أى الوزارة التى يقوم صاحبها بتنفيذ أوامر الإمام فهو همزة الوصل بين الإمام والشعب . ولكنى أرى أنه يجوز — فيما عدا بعض الوزارات مثل وزارة الدفاع والخارجية والعدل والتعليم — أن يتقلد أهل الكتاب منصب الوزارة حتى ولو كانت وزارة تفويض . وقولى هذا لا يبنى على فكرة الذمة أو التفرقة الدينية وإنما يبنى على أساس مفاهيم الديمقراطية التى تجعل من حق الأغلبية أن يكون لها أفضلية فى التمثيل من حيث أن المسلمين — أو حكم الإسلام — هم غالبية السكان .

إن رأى هذا لا يعارض ما جاء فى العهود لان العهود لم تسر على نمط واحد وإنما كانت تواجه كل حالة بمقتضاها ولذا نجد أن تغلب مثلاً تعفى من الجزية وتدفع صدقة مضاعفة وأن الجراجمة لا يدفعون جزية بل ويقتسمون الغنيمة وإذن فالذى استخلصه من ذلك أن معاملة أهل الكتاب تعتمد على ظروف الدولة الإسلامية وما يحقق الصالح على نحو أفضل . وما قدمت هو فى تقديرى الأفضل لبناء المجتمع داخل الدولة الإسلامية المعاصرة . إما ما قال به . الفقهاء فهو تفسير متعسف للصغار الذى جاء به الآية الكريمة وتصور متكبر لما يمكن أن تكون عليه العلاقة مع أهل الكتاب . ولعل قوة الدولة وازدهارها هو الذى حفزهم إلى التماذى ولأحسب أن الإنسانية التى احترمها الرسول فى اليهودى عندما وقف لجنازته فلما قيل له إنها جنازة يهودى قال قوله الخالدة « أليست نفساً » . إن هذه الإنسانية الرقيقة التى يتساوى فيها الجميع طبقاً

لأوليات النضرية الإسلامية تأبى أن نجحف في معاملة أهل الكتاب على نحو ما يقولون وأن تندنى إلى حد أن نلزم الكتأى بالقيام للمسلم عندما يجلس وليس ما يقلل من شأنه كإنسان — إن الدين الإسلامى وهو دين الفطرة — أعظم من أن يقيم وزنا لهذا اللمم وأعطق فكراً من أن يلقي بالا لمثل تلك الترهات. إن الله العلى القدير الذى خلق الإنسان فى أحسن تقويم وأسجد له الملائكة اجمعين وجعل روح الإنسان من أمر ربه لا يمكن أن يأذن للبشر بانتهاك الإنسانية فى بشر أيا كانت عقيدته ، فلا غرو أن يأمر الرسول بعض صحابته بحرق بعض المشركين تم ينكل عن ذلك ويقول إن الحرق بالنار لله تعالى ولا يجوز للبشر أن يفعلها ثم يقول ﷺ فى موضع آخر إنه يخشى إن هو مثل بالناس أن ينتقم الله منه بمثلها. إن التعارف والعرف الذى تقبله الفطرة حق للناس جميعا « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » ولذا نجد أن اوامر القرآن ونواهيه التى تتعلق بالمرء كإنسان إنما توجه للجميع لأنها حق للإنسان كإنسان بغض النظر عن عقيدته ودينه . ولذا فإنى ارفض ماجاء فى آراء الفقهاء الاوائل من مقترحات تنافى الإنسانية فى معاملة أهل الكتاب لأنها فيما اعتقد تنافى اصول الإسلام ومبادئ الحنيفية السمحاء . وتلك صيحة عمر الباقية فى سمع الزمن « متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم امهاتهم احرار » .

— « يا بنى آدم اما يأتينكم رسل منكم يقصون عليكم آياتى فمن اتقى وأصلح فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون » (الأعراف / ٣٥) .

ب. « إن كل من فى السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبدا . لقد أحصاهم وبعدهم عبدا ويكيلهم آتية يوم القيامة فردا » (مريم / ٩٣ ، ٩٤ ، ٩٥) .

والقول عندى إن الفقهاء قد أغفلوا حقيقة هامة تلك هى أن الرسول كان يعطى ذمة الله وذمته لقوم لا يكونون جزءا من شعب دولة المدينة وإنما كانوا يكونون وحدات خارجية ، أما يهود المدينة — وهم الصورة الوحيدة على عهد الرسول لأهل الكتاب الذين يكونون شطرا من شعب الدولة الإسلامية فى المدينة — فلم يكونوا أهل ذمة ولم يعاملوا على أنهم ذميون بل كانوا — طبقا لعهد المدينة — أمة مع المؤمنين من المهاجرين والانصار الأمر الذى يسمح لى

بأن أعلن بأن مدرك الذمة كان نظاماً ترتب على علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول أو الوحدات الأخرى التي قهرتها في حروب الجهاد الديني أما أهل الكتاب الذين هم من مواطني الدولة الإسلامية فلم يكن مدرك الذمة هو حكمهم. وقد امتد نظام الذمة بعد الرسول وفي عهد الخلافة الراشدة إلى من كانوا رعايا الدولة الإسلامية من شعوب الأقاليم المفتوحة ولم يطبق على مواطني الدولة الإسلامية الأم. ولعل هذا الذي دعى عمر إلى اجلائهم عن الحجاز حتى لا يضم شعب الدولة الأم دينيين فلو أنهم كانوا أهل ذمة لكان في اجلائهم نقضا للعهد .

هذا فضلا على أن مآثر من تساؤلات بالنسبة لمصير الذمي الذي نقض عهده إنما ترتب نتائج لاتتناغم مع مدرك السيادة الإقليمية المعاصرة التي أوضحت في مكان آخر من هذه الدراسة أنها تصور تقبله النظرية الإسلامية .
رأى الخاص : مواطنون متساوون :

لعل المقام قد تبيأ الآن لنلقى نظرة ذكية صادقة على نظام الذمة في النظرية الإسلامية . ويطيب لى أن اكرر القول بأن هذا ليس تعبيراً قرآنيًا فالذميون في لغة الكتاب الكريم يسمون بأهل الكتاب لأنهم أهل كتاب سماوى منزل . ولذا فالى اطلق عليهم ماطلقه القرآن من مسمى فهم عندى أهل كتاب ، وهو تعبير أكثر دقة من تعبير أهل الذمة في ظل التصور الحديث للدولة ذلك أن كافة مواطني الدولة هم في ذمة دولتهم فهم عندها أهل ذمة لافرق في ذلك بين مسلم وكتابي . وهنا أود أن أوضح أن رأى يتعلق بمركز الكتابي المواطن وليس بعلاقة الكتابي غير المواطن بدولة اسلامية أخرى . وإن أول مدارج بخلدى وأنا بصدد تحديد مركز أهل الكتاب في دار الإسلام هو المقارنة بين مركز اليهود في دولة المدينة وبين مركز أهل الكتاب خارج دولة المدينة . ذلك أن دستور المدينة اعتبر يهود المدينة—وهم من مواطني دولة المدينة — امة وحدهم كما كان المسلمون امة وحدهم . وكانوا يشاركون في الدفاع عن المدينة اثناء حرب المسلمين مع المشركين ولم يحصل الرسول ﷺ منهم جزية ولم يفرضها

عليهم . ولم يطلب اليهم التزى بما يخالف المسلمين وإنما طلب إلى المسلمين تمييز انفسهم ، ومن ثم فان سنة رسول رب العالمين سارت على الاقرار لأهل الكتاب من مواطنى الدولة الإسلامية بكيان ذاتى مستقل يتساوون فيه مع المسلمين من حيث حقوق وواجبات المواطنة . وماحق يهود المدينة كان عقابا على الخيانة التى كانوا يرتكبونها . بالتزامات المواطنة ، وأما الذمة فكانت تعطى لأهل الكتاب من مواطنى اقاليم غير دولة المدينة كشرط من شروط المهادنة بينهم وبين المسلمين . وإذا كانت حكمة عمر قد شاءت أن يخرج أهل الكتاب من الحجاز بغية ألا يبقى دينين في الحجاز ، ولعله سمع في ذلك قولاً من الرسول ﷺ ، فإن هذا لم يكن — في تقديرى — انطلاقا من اتجاه إلى تصغير أهل الكتاب أو الخط من قدرهم وإنما كان استكمالا لما أنجزه ابو بكر في حروب الردة — التى طهرت الجزيرة من أهل الشرك — فكلما الرجلين حرص على اعداد الحجاز لدورها الدولى الذى تهيأت له وهو ريادة العالم إلى الإسلام وأن تكون ركيزة الدعوة المحمدية في مختلف البقاع . ومن ثم فان القرار كان ذا طبيعة سياسية غالبية استهدفت صالح المسلمين في حينه وطبقا لظروف زمانه ، وليس حكما في الشريعة الإسلامية يلتزم به المسلمون في معاملة أهل الكتاب وله فيما لقبه الرسول ﷺ من خيانة يهود المدينة سابقة تعتبر واقعا لا يغفل .

وإذن ففكرة الذمة وأهل الذمة قد ارتبطت منذ البداية بمدرك الجهاد لانها كانت القاعدة التى تحكم علاقة المسلمين بمن أفاء الله عليهم في اقاليم المخالفين ، وذلك أن النظرية الإسلامية التقليدية تقيم من دولة الإسلام وصية على كل إقليم تفتحه إذا اختار اهله البقاء على دينهم . بيد أن أهل ذلك الاقليم عليهم — لقاء هذه الوصاية أو الحماية — أن يتحملوا نفقاتها وتلك هى الجزية .

وإذن فحق عندى أن أقول إن سنة الرسول الكريم اقتضت ألا يعامل أهل الكتاب من سكان دولة المدينة على أنهم ذميون — بالمفهوم الفقهى التقليدى للتعبير — وإن هذا المفهوم لم يطبق إلا في حق من ليسوا من مواطنى الدولة الإسلامية كشرط من شروط المهادنة التى تسبق أو تلحق الحرب .

ولكن هذه التفرقة اختلطت في آراء الفقه التقليدي بسبب تصويره الخاص لمدرک الدولة ، فالدولة في المفهوم الفقهي التقليدي الإسلامي تتكون من عنصرين فحسب : شعب وسيادة ولم تعرف عنصر الاقليم ، ولذا كان اميرها هو امير المؤمنين ، ولا ينسب لقبه إلى دولة بذاتها أو اقليم بعينه . والبيعة — اى رابطة الولاء التى تعادل الجنسية اليوم — هى عقد بين المؤمنين واميرهم . إن التصور الاجتماعى للدولة على هذا النحو يجعل من الصعب أن نفرق بين اقليم الدولة الأم والأقاليم التى تخضع للوصاية الإسلامية لأن التفرقة تقوم على تقسيم للجماعات ، والتقسيم يبنى على أساس العقيدة فتلك جماعة المخالفين وهذه هى جماعة المسلمين . ومن ثم فجماعة المسلمين تضم المسلمين كلهم فى أرجاء المعمورة ، كما أن دار المخالفين تضم المخالفين كلهم فى أرجاء المعمورة . فاذا أقرت فرقة من المخالفين للمسلمين بالولاء فإن تلك العلاقة تقوم على روابط شخصية وليس على روابط اقليمية . ومن هنا لم يفرق الفقه التقليدى بين أهل الكتاب المواطنين وبين أهل الكتاب الاجانب . وقد اتضح غموض فكرة الإقليم وأنها ليست عنصرا فى دولة الفقه التقليدى فيما قال به الفقهاء وصفا لدار الإسلام ودار الحرب .

ولكن الأمر يختلف اليوم ... فقد توقف الجهاد ولم يبد هناك مجال لتطبيق فكرة الذمة المرتبطة بالمهادنة بين المسلمين والمخالفين ، كما أصبحت دولة العصر دولة اقليمية ، بمعنى أن الإقليم صار عنصرا الذى يركز عليه العنصران الآخران : الشعب والسيادة . وتبعاً لذلك فإن من يريد أن يناقش مركز أهل الكتاب فى دار الإسلام اليوم لا يستطيع أن يعتمد على رأى الفقه التقليدى اعتماداً مطلقاً وإنما يتعين عليه أن يراجع نظرات الفقه العباسى — ومن سار على شاكلته — على هدى من سنة الرسول ﷺ التى ألححت اليها من قبل فيعامل أهل الكتاب من مواطنى الدولة الإسلامية . كما عامل الرسول ﷺ اليهود فى المدينة ، فقد كانوا مواطنين يقفون على قدم المساواة — من حيث حقوق المواطنة — مع المسلمين . وهى بدهة مساواة امام القانون وليست مساواة فى القانون ، والمساواة أمام القانون هى نوع المساواة التى تجمع عليها اليوم

التشريعات الخاصة في الدول المتمدينة . وتبعاً لذلك فإن الاحكام الإسلامية التي تفرض النظام العام والتي قد تخص المسلمين بمسؤوليات معينة في الدولة الإسلامية إنما تطبق بناء على أن المساواة تطبق أمام القانون وليس في القانون . وفي قول آخر فإن ما قد يترتب على بعض الاحكام من عدم مساواة في القانون هو أمر طبيعي تعرفه كل التشريعات ، ولا يعد هذا اختلالاً بمبدأ المساواة بين المواطنين ، والحق أن الشريعة الإسلامية — كما تخص المسلمين باحكام معينة — فهي كذلك تخص أهل الكتاب باحكام تقتصر عليهم وحدهم ، ومن ثم فلا مجال للقول بأن عدم المساواة في القانون يعتبر نقضاً للمساواة بمعناها الصحيح .

ان أى تصنيف أو تنظيم لمن يكونون الجماعة الواحدة — أو شعب الدولة — يجب ألا يغفل الحدود الإقليمية التي تنغل على تلك الجماعة والرابطة المادية والمعنوية التي تشدها إلى اقليم الدولة والسلطة المسؤولة عن تناغم أفراد تلك الجماعة وتحقيق الخير المشترك للدولة . ومن هنا لم تعد رابطة الشعب بالدولة رابطة تعاقدية وإنما أصبحت رابطة ولاء سياسى تنظيمية يدين فيها أفراد الشعب لسيادة الدولة بالطاعة والاخلاص ، والكل في هذا الولاء سواسية . وتصف الدراسات المعاصرة هذه الرابطة بمصطلح « الجنسية » فكل مواطن الدولة يحملون جنسيتها وكلهم يدينون لها بالولاء والطاعة . وتلتزم الدولة — مقابل هذا — بأن تعامل رعاياها على قدم المساواة لافضل فيهم لاحد على من سواه أمام القانون وإن جاز أن يتمييزوا في القانون لأن التمايز عندئذ يكون عماد تحقيق الخير العام ومنطلق تركية الصالح المشترك . ويصعب في ظل هذه المفاهيم أن نتقبل نظام عقد الذمة كوصف لعلاقة الدولة الإسلامية المعاصرة بفريق من رعاياها . ذلك أن خضوع هؤلاء للسيادة الإقليمية للدولة الإسلامية يعنى في تنظيم شؤونهم عن عقد الذمة فلو أخذنا مثلاً الالتزام بعدم منح دار لبيع الخمر في حى اسلامى فإن ذلك يمكن تحقيقه عن طريق المواصفات التي تتطلبها الدولة عند الترخيص بفتح محل عام ، وزواج الذمى بمسلمة يمكن أن يكون جريمة زنا تعاقب بعقوبة جريمة الزنا التي تطبق على الجميع ، وهكذا .

اما أن نقول إن مواطني الدولة فريقان فريق أصيل وفريق دخيل فذلك مالا تتقبله المفاهيم المعاصرة وتتأباه الانماط الإنسانية القائمة . ثم إن المرء لا يملك إلا أن يتساءل عن مصير الذمي الذي يخالف العهد مخالفة ترتب انتهاء عقد الذمة . أيقتل ذلك الذمي عندئذ وهل يكون قتله قتل نفس بالحق أم يسجن ولأى مدة ثم مامصيره بعد السجن ، أم يطرد من الدولة وإلى أين مادام أن الدولة الإسلامية ملزمة بأن تبلغ المشرك مأمنه فإين مأمّن الذمي الذي سقط عهده ؟ والآن ا طرح السؤال الآتي : لو أننا أردنا أن نقيم اليوم دولة تبنى على النظرية الإسلامية فماذا يكون حكم الذميين فيها أو بتعبير أراه أكثر دقة ماذا يكون حكم أهل الكتاب فيها ؟ .

لقد اخترت مصطلح « أهل الكتاب » وفضلته على مصطلح « أهل الذمة » لان مدرك الذمة كان استجابة لظروف واعتبارات انقضى زمانها فهي — كما بينت — عهد كان يعطى لمن يخبرون بين الإسلام والجزية زمن الجهاد العسكري الديني فيختارون دفع الجزية كما أنه قرين منطقي لمفهوم السيادة الشخصية ، واليوم تمارس الدولة الإسلامية سيادة اقليمية . ومن ثم فلم يعد هناك محل للتمسك بها أو التقيد بأحكامها ، بل إن تطبيق المدرك قد يؤدي اليوم إلى سلبات ماأغنانا عنها . قد يقال إن هذه العهود تورث على مر العصور ولاينقضى الزامها فإني اقول إن هذا يضعنا بين أمرين فاما أن تكون تلك العهود قد اعطيت لاقوام بذواتهم ومن ثم فهي لهم ولايستخلنون فيها ، وهؤلاء الخلفاء بصعب اليوم تتبع آثارهم . وإما أنها تمثل مفاهيم عامة لاتقصد قوما بذواتهم وقد ناقشنا مدى شرعية هذه المفاهيم اليوم .

وحرى بالبيان أنه مع قيام الدولة الاقليمية فقدت الجزية مبررها كمقابل لحماية الكتأبي لان أهل الكتاب في داخل الدولة الإسلامية يخضعون لسيادتها كمواطنين ، ثم إن أمن الدولة في الداخل وحمايتها من العدوان الخارجى اصبح واجبا على المواطنين جميعا بلا تفريق ، والجندية الاجبارية في بعض الدول — كمصر — تشمل المواطنين كلهم المسلم منهم والكتأبي .

إن الذى قدمته يتفق مع المفاهيم العامة التى أقر بها الفقه التقليدى لأهل الكتاب . فقد اتفق علماء المسلمين على أن الذميين سواء فى الحقوق مع المسلمين فى كفالة بيت المعوزين لهم . وقد بعث الرسول الكريم مالا لفقراء مكة فى سنة قحطوا بها ، كما تصدق على بيت من اليهود ثم اجريت عليهم الصدقة من بعد (الاموال لآبى عبد القاسم بن سلام ، مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة ، ١٣٨٩ هـ ، ص ٨٠٤) . بل إن من الفقهاء — أمثال المالكية والزييرية — من يميز اعطاء أهل الذمة من أموال الزكاة .

كذلك يجوز أن يتولى أهل الذمة ارفع المناصب واعلاها — مادام أنها ليست من الولايات التى تتصل بأمور العقيدة الإسلامية — ويذهب البعض من المحدثين إلى جواز اشراك الذمى فى الشورى المتعلقة بالأمور الدنيوية وممارسة حقوق العضوية والتصويت فى المجالس النيابية فيما تمارسه تلك المجالس من مسائل تتعلق بنظام الحياة . وبديهي أن الاغلبية فى تلك المجالس هى للمسلمين فلا غضاضة أن يسهم أهل الكتاب برأيهم وخبرتهم فيما يعود بالخير المشترك على الدولة التى ينتمى إليها المسلمون والكتايون (قارن ابو الاعلى المودودى — حقوق أهل الذمة فى الدولة الإسلامية ، دار الفكر دمشق ، ص ٣١ — ٣٢ ، وكذا عبد الكريم زيدان — أحكام الذميين والمسأمنين فى دار الإسلام ، مطبعة جامعة بغداد ، سنة ١٣٨٣ هـ) .

ويقول القرافى فى الفروق (ج ٣ — ص ١٤) «فمن اعتدى عليهم ولو بكلمة سوء أو غيبة فى عرض احدهم أو نوع من أنواع الاذية أو اعان على ذلك فقد ضيع ذمة الله ورسوله وذمة دين الإسلام» . ويحكى ابن حزم فى مراتب الاجماع « أن من طعن فى ذمى وجاء أهل الحرب إلى بلادنا يقصدونه وجب علينا أن نخرج لقتالهم بالكراع والسلاح ونموت دون ذلك صونا لمن هو فى ذمة الله تعالى وذمة رسوله ﷺ فإن تسليمه دون ذلك اهمال لعقد الذمة » .

إن ما ذكرته من نماذج لاقوال بعض الفقهاء ينتهى إلى المبدأ العام الذى اتنادى به وهو أن البكتاى المقيم فى دولة الإسلام مواطن شأنه شأن غيره من المواطنين

يتمتع معهم بحقوق المساواة القانونية في مفهومها الذي اسلفته والذي لا تختلف عليه قوانين الدول اليوم .

إن الذمة — في المفهوم التقليدي — عقد ، وقد حلت الجنسية اليوم محل ذلك العقد ، فلم تعد علاقة المواطن بدولته علاقة عقدية وإنما هي علاقة تنظيمية . إن فكرة العقد التي استهوت الفقه التقليدي فجعل من علاقة المواطن المسلم بالامام عقدا هو عقد البيعة ومن علاقة المواطن غير المسلم بالامام عقدا هو عقد الذمة قد حرضت طرحتها وسقطت حجتها لان العلاقة بين المواطن وبين الدولة — كما اسلفت — لم تعد علاقة اجتماعية وإنما هي علاقة اقليمية ومن ثم فإن السيادة الشخصية قد استحالت إلى سيادة اقليمية ، وفي ظل السيادة الاقليمية لا يمكن أن نؤمن صالح الدولة — والمجموع — إلا في ظل علاقة تنظيمية تربط بين الدولة ومواطنيها جميعا ... وقد اصطلح الفقه الحديث على تسمية هذه العلاقة بعلاقة الجنسية . ولا أرى ضيرا في ذلك ، كما لأعلم نصا في القرآن أو الحديث يناقض فكرة الجنسية أو يستكر تنظيم العلاقات الدستورية والدولية على أساسها .

لقد تأثر العمل والرأى في الفقه الإسلامي — في شأن أهل الكتاب — بالافكار الفارسية والبيزنطية . إذ نصح عمر بأن يسير في بعض نظم المالية على ماكان متبعاً في فارس . كما نرى صدى للمفاهيم البيزنطية في آراء الفقه المتزمت بشأن أهل الكتاب .

إن لفظة ذمة تقابل في اللاتينية لفظة (fide) وقد عرف الرومان معاهدة تتقارب — إن لم تتماشى — مع عهد الذمة تعرف باسم (deditio) . وكانت تبرم بين ممثل روما وممثل المدينة المهزومة ، وبها يحيل الاخير حقوق السيادة إلى روما فيصبح مواطنو تلك المدينة مواطنين رومانيين ، أى انهم يكتسبون المواطنة بعقد ويطلق عليهم (clénts) ويدخلون بذلك في ذمة روما (fide populi Romani) كما يدخل الذمي في ذمة دولة الإسلام ، بيد أنها مواطنة غير كاملة فهم لا يتمتعون بالحقوق المدنية ، وتفرض عليهم روما ضريبة على الرؤوس .

كذلك تقضى معاهدة (*deditio*) في شأن الاراضى التى تفتح عنوة بما

يلى :-

(١) أن تمنح للأفراد الرومانيين كملكية خاصة (*Ager privati ex jure*)

quiritrium viritium وبذا تصبح تلك الاراضى (*Ager viritanus*)

وعندئذ تعفى من الضريبة ، أو

(٢) أن تترك لأصحابها القدامى (*peregrin*) ، وهنا تفرض عليها ضريبة

(*Ager publicus stupendariis datus assignatus*) ويكون من حق

الدولة أن تنزع ملكيتها في أى وقت تشاء ، أو

(٣) أن تذهب إلى الدولة فتصبح ملكية عامة .

وهكذا نجد التماثل واضحاً بين الخطوط العريضة للمركز القانونى لمواطن

الدولة المهزومة في القانون الرومانى وبين مركز الذمى في الفقه الإسلامى

المتزمت (صبحى صالح — النظم الإسلامية — بيروت ، ١٩٦٨ ، ص

٢٤ — ٢٥) .

يد أننى لا أريد أن اذهب في التحرر إلى المدى الذى حصل في عهد يزيد ،

إذا كانت هناك مقبرة لغير المسلمين في مكة ، وقد صاحبه في الحج مسيحي

يدعى ابو الحكم (كتاب الاغانى — الاصفهاني ، ج ٥ ، ص ١٣) .

أو الذى فعله عبد الملك بن مروان عندما ارسل مهندساً مسيحياً إلى مكة

(الاصفهاني ، ج ١٣ ، ص ٤٠) . ولكننى أتفيا الهدهة من التزمت الذى

اتسم به فريق من الفقهاء التقليديين في شأن معاملة الذميين .

قد يقال إن الجزية جاء لها ذكر في القرآن ، وردى على ذلك أن القرآن

الكريم ذكر الجزية مرة واحدة في سورة التوبة . قال تعالى « قاتلوا الذين

لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون

دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون »

(التوبة / ٢٩) . وهى في هذا المقام تتعلق — كما اسلفت — بغريق من أهل

الكتاب « من الذين اوتوا الكتاب » وهم الذين يصدق في حقهم مناجاة به

الآية الكريمة من أوصاف ، وليس هذا شأن المواطن الملتزم الذى اعنيه بما أقول .

وقد شريح بعض الكتاب المحدثين، فلسفة الجزية « وأما الجزية فتفرض على غير المسلمين وحدهم ، فالمسلم يؤدى الزكاة ، ولا يؤدى الجزية . توازن فى الاعباء العامة يحتم أن يساهم غير المسلم فى الموارد المالية للدولة . وبالإضافة إلى ذلك فإن غير المسلم يعفى من أداء الجزية — مع بقاءه على دينه — إذا أدى الخدمة العسكرية فى جيوش المسلمين . فالدفاع عن الوطن — فى أى بلد اسلامى — كان منوطاً بالمسلمين وحدهم .. وكان ينظر إلى الجزية حينئذ على أنها مقابل الحماية التى توفرها الدولة لاهل الذمة من الغزو والاعتداء » . (مصطفى ابو زيد فهمى فن الحكم فى الإسلام ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٣٨٩ — ٣٩٠) .

ومن الآراء الطريفة فى الموضوع رأى المستشرق جاردية ، فهو يرى أن نظام الذمة هو اسهام فى الضيافة المقدسة ونظام الملجأ ، فالذميون ليسوا رعايا من الدرجة الثانية وإنما هم ضيوف مستقرون فى المجتمع الإسلامى ، وبدىي أن مساهمة الضيف فى حياة العائلة التى تستضيفه يجب أن تكون مساهمة حقيقية والذمة تفرض على المسلم أن يستضيف الذمى وأن يمنحه ملجأ . (Gardet, ١٠٠) (Cité Musulmane, Paris, 1954, P. 58) . وأياً كان الرأى فالجزية الترام مالى لاعتبار امنى .

إن الدولة فى النظرية الإسلامية ليست دولة الفلاسفة كما تصورها افلاطون ولا دولة المدينة الفاضلة كما تخيلها كتاب آخرون .. ولكنها دولة الواقعية المثالية . ومن دلائل تلك الواقعية أن القرآن الكريم أوضح أن المشيئة الإلهية اقتضت ألا يكون الناس على دين واحد . « ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ولا يزالون مختلفين » (هود ، ١١٨) ، وقرر الحقائق التى تسير السنة البفطرية كقوله تعالى « وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين » (يوسف / ١٠٣) . ومن ثم فإن تكوين شعب الدولة — ذات المفهوم الاقليمى — من

مؤمنين وغير مؤمنين هي سنة فطرية وحقيقة أولية . ومادام أن الرسول ﷺ قد تقبل هذه الحقيقة وأقرها وساوى بين مواطني دولة المدينة فإننا يجب أن نتقبل اليوم تلك المساواة وأن نقول إن أهل الكتاب مواطنون وليسوا ذميين . «ولا يزالون مختلفين إلا من رحم بك ولذلك خلقهم» (هود / ١١٨ — ١١٩) .

ولا معنى لأن نبتعث أفكارا تتقاعس عن تحقيق الصالح العام أو تُشَبِّث بآراء غدت من الركام .

اننا الآن بصدد تنظيم قانون السلام الإسلامي في جماعة دولية تنقسم إلى وحدات سياسية اقليمية هي الدول ، وتغيا إقامة العلاقات على أساس من السلام وليس على أساس من الحرب ، ومن ثم فإن تشكيل الدولة الإسلامية يجب — حتى نستطيع أن نساير الركب وندافع عن مصالح الإسلام — أن يقوم على العناصر الثلاثة التي تقوم عليها الدولة الحديثة ، كما سبق أن اوضحت .

وفي تحديد اركان الدولة يكون عنصر الشعب هو الشعب الذي يضم مواطني الدولة من مسلمين وكتابين في مساواة حقيقية أمام القانون . أما ما أسلفت من احكام يغالى اصحابها في معاملة أهل الكتاب أو اعتدلوا ولكنهم لم ينصفوا فهي احكام اجتهاد تأثر بعصره وتفاعل مع بيئته ، والاحكام — وهذا من مسلمة النظرية الإسلامية — تتغير بتغير الزمان والمكان . وتلك اولية تنطبق بجلاء على مركز أهل الكتاب في دولة الإسلام .

قد يعاب على رأيي أنني اقيمت عدم المساواة في القانون على أساس اختلاف الدين ، وتبعاً فانه لافرق في الواقع بين ماذهبت إليه وبين ما قال به الفقه التقليدي . ولكني ارد على ذلك بأنني اردت بما قلت تصنيف المواطنين وليس تمييزهم ، ودليلي على ذلك :

١ — لما كانت المساواة عندى بين المسلم والكتابي هي القاعدة الاساسية فان التمييز — أو بالاحرى التصنيف — استثناء يجب عدم التوسع فيه وتطبيقه بقدره . ومن ثم فإن الشك عند التقييد يفسر لصالح الكتابي .

قد يعترض البعض على هذه الحجة بالحديث الشريف « لا تبدؤا اليهود والنصارى بالسلام ، وإذا لقيتموهم في الطريق فاضطروهم إلى أضيقتها » . ولا بد أن المعارض يرى في الحديث نوعا من انزال الصغار ، بأهل الكتاب والاذلال لهم . وهذا فهم خاطيء فيما أرى ، فالحديث اجراء استثنائي لظرف استثنائي . وتفصيل الامر أن اليهود كانوا يمرّون بالمسلمين فيتظاهرون بتحيّتهم قائلين : السام عليكم ، أى الموت والهلاك . ولذا قال الرسول ﷺ فيما رواه ابن عمر — إذا سلّم اليهود عليكم فإنما يقول أحدهم : السام عليك فقل وعليك .

ولم يقتصر اليهود على الغمز واللمز بل تجاوز سلوكهم ذلك إلى نقض العهد مما اضطّر الرسول إلى اجلاء بعضهم عن المدينة في أول الامر ثم قبل التحكيم مع بنى قريظة وانتهى التحكيم باعدام القادرين على القتال منهم . ولكن بقيت للمبعدين جيوب في خير واصلت التآمر على المسلمين فكان لابد من القضاء عليها حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله . ولم يكن في المدينة من النصارى عدد يعتد به ليميزهم عن اليهود وقتل أو يختصمهم وحدهم بحكم مستقل .

ومن ثم فإن الاجراء الذى أمر به الرسول ﷺ قد صدر عنه باعتبار امامته ورياسته ودرءا لمفاسد بعض أهل الكتاب وسعيا وراء تجميعهم ازاء مواجهاتهم الحادة العنيفة للمسلمين في مرحلة مصيرية . بعد تاريخ الدعوة الإسلامية . ومن ثم فهو ليس حكما عاما يصدق على كل زمان ومكان . وتبقى القاعدة العامة في معاملة أهل الكتاب « لهم مالنا وعليهم ما علينا » . وكيف يكون حكما عاما وقد قام الرسول ﷺ تحية لجنّاة يهودى ، وهو الذى لم يتردد في أن يزور غلاما يهوديا مريضا في بيته واكرم وفادة نصارى نجران حتى أنزلهم في مسجده وأذن لهم بالصلاة إلى جوار المسلمين ، وهو الذى زارعهم وساقاهم ، وأكل من طعامهم كما يقول ابن قيم الجوزية .

(فهمى هويدى — المرجع السابق ، ص ١٨٢) . وقد مات الرسول ودرعه مرهونة عند يهودى . ولذا فإنه مما يدعو إلى الدهشة أن يحاول البعض فى زماننا هذا تبني مثل تلك الافكار باعتبارها من تعاليم الإسلام ؟ .

إن المبررات التى دعت إلى اعتزال اليهود والنصارى — طواعية للحديث الشريف — هى ذاتها التى دعت إلى اجلاء اليهود والنصارى عن الحجاز إذ ليس بمستغرب على أى منطق أو تشريع أن تلجأ الدولة الى تطهير مقرها من العناصر المناوئة والمعادية ، لاسيما إذا قامت المعارضة وقت مرور الدولة بظروف مصيرية وذلك تأمينا لظهرها وتوثيقا لأمنها .

وهناك حديث آخر يمكن أن يدفع به فى هذا المقام وهو يقول « لاختصاص فى الإسلام ولا كنيسة » والحديث مطعون فى روايته مشكوك فى صحة نسبته إلى الرسول ، وأغلب الظن أن ابتداع هذا الحديث يرجع إلى مناخ عدم الثقة بين المسلمين والكتائبيين الذى انبعث — عبر التاريخ — من علاقاتهم غير المستقرة فاسفرت عن اجتهادات تشدد فى الحفاظ على خصوصيات المسلمين . ولذا فقد كانت شاغلا للفقهاء أكثر منها شاغلا للمسلمين ، وهنا — كما فى العديد من الحالات — نلمح كما قدمت انفصال الفقه التقليدى المتزمت عن الحقيقة الاجتماعية .

وارائى فى غنى عن الخوض فى بناء الكنيس فى دار الإسلام ، فتلك مسألة تفصيلية تخضع لاعتبارات الشعور العام . والحق ثابت فى ذلك ، ثابت لا يحتمل عندى جدلا ، والا كيف ساء لخالد بن الوليد أن يضمن ههنا لاهل عافات شرطا ينص على ان « لهم أن يضربوا نواقيسهم فى اى ساعة شاعوا من ليل أو نهار . إلا فى اوقات الصلاة ، وأن يخرجوا الصلبيان فى ايام عيدهم » (الخراج لابي يوسف — ص ١٤٦) . ولذلك كانت العهد والميثاق هى التى تنظم ذلك الجانب فى الماضى بين المسلمين والكتائبيين . ولنا فى استضافة الرسول ﷺ لوفد نصارى نجران فى المسجد أسوة حسنة عند وضع الاحكام لاسيما بعد أن تطاولت الازمات ومضت القرون وتأصل الطابع الإسلامى فى امصار

المسلمين . وهنا أود أن أذكر الأب سرجيوس الذى اعتلى منبر الجامع الازهر ابان ثورة سنة ١٩١٩ م ليقول « إذا كان الانجليز يتمسكون ببقائهم فى مصر بحجة حماية القبط فأقول ليمت القبط وليحى المسلمون أحرارا » . وقد نقل عنه انه قال : « إذا كان استقلال المصريين يحتاج إلى التضحية بمليون قبطى فلا بأس من هذه التضحية » .

إن التعصب الدينى هو اليوم من الاسلحة الفتاكة التى يحرص الاستعمار على شهرها لضمان فرقة الامة واضعاف شوكتها لتبقى دائما تحت ربة الغاصب وفى قبضة نفوذه ، وقد تفتت مقاومتها ولانت عريكها . ولذا فإن الصالح العام للدولة — مسلميها وكتايبيها — يقتضى أن ينصهر شعبها فى بوتقة الوطنية الصادقة ضمن اطار حياة اجتماعية مترابطة . وهل ننسى الحديث الذى أوصى به الرسول ﷺ العرب بالقبط لان فيهم نسبا . ويرجع النسب إلى السيدة هاجر المصرية زوجة ابراهيم عليه السلام ، كما يرجع إلى زواج الرسول ﷺ من مارية القبطية ، وقد ولدت له ابنة ابراهيم .

أن ابا الاعلى المودودى — الفقيه الباكستاني — يذهب إلى أن للمواطنة اساسين : الإيمان وسكنى دار الإسلام ، ويستمد ذلك من قوله تعالى « إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وانفسهم فى سبيل الله ، والذين آووا ونصروا . أولئك بعضهم اولياء بعض . والذين آمنوا ولم يهاجروا ، مالكم من ولايتهم من شئ حتى يهاجروا » (الانفال / ٧٢) .

إن منطق الفقيه هنا تعوزه الدعة فهو يحمل الآية الكريمة غير معناها فهى قد نزلت داعية إلى توثيق الروابط بين المهاجرين والانتصار ، الامر الذى حدا بالرسول إلى أن يؤاخى بينهم .

ويضيف المودودى إلى ذلك حجة من التاريخ مؤداها أن عصر النبوة والخلافة الراشدة لم يشهد واحدا من أهل الذمة تولى وظيفة قيادية عامة أو عضوا فى مجلس نيابى أو اشترك فى انتخاب الخليفة . وتلك لعمر الحق حجة قاصرة لأن التنظيم السياسى للعهد الذى يستشهد به يختلف عن التنظيم السياسى

للعهد الحالى ، لاسيما وأن فكرتى « التمثيل » و « المجالس النيابية » لم تكن معروفة وقتئذ . ثم إن الظروف التى عاش فيها الإسلام فى باكورة قيامه تختلف عن الظروف التى يعيش فيها المجتمع الإسلامى من حيث الثقة والعلاقات السلمية . هذا فضلا على أن عدم اشتراك الكتاتنى فى بعض مظاهر الحياة السياسية لا يخلل بحقه فى المساواة ، ولى كلمة فى ذلك اقولها بعد قليل . فقياس الفقيه إذن قياس على غير مقيس .

٢ — أن الاختلاف بين المسلم والكتاتنى فى شأن الولايات لا ينفى المساواة التى انشدها . ذلك أن المسلمين فى الدولة الإسلامية هم حزب الاغلبية والكتاتيون هم حزب الاقلية . -ولامراء فى أن النظام الديمقراطى المعاصر — كما هو مطبق فى أكثر البلاد اخذا بالحريات السياسية — يجعل الحكم من حق حزب الاغلبية ، وطبيعى أن حزب الاغلبية لا يختار للولايات العامة إلا ممن كان من انصاره ويدين بافكاره . فليس منطقيا فى دولة كبريطانيا مثلاً أن يكون حزب المحافظين هو حزب الاغلبية ثم يتولى رئاسة الوزارة عضو من حزب العمال . وهكذا الامر فى النظرية الإسلامية فهى تقصر بعض الولايات العامة على من يدين بعقيدة الاغلبية — وهى الإسلام — فرئيس الدولة مثلاً أو رئيس الوزراء يجب أن يكون مسلماً ، ولاغضاضة فى ذلك إذ مادام أن اختصاص انصار حزب الاغلبية بكراسى الحكم لا يقدح فى مبدأ المساواة بين المواطنين فى الدولة الديمقراطية فإن الامر يجب أن ينظر اليه على هذا النحو وبذلك المفهوم فى النظام الإسلامى . قد يقال ولكن الاحزاب فى الدول الإسلامية اليوم تضم المسلمين والكتاتيين ، والرد على هذا هو أننى لا أبحث عن حكم يثبت الواقع ايا كان ولكنى أقدم حكماً لما يجب أن تكون عليه النظرية الإسلامية . فالخزنية فى الإسلام — كما يستفاد من صريح نصوص القرآن — هى خزنية عقائدية « فإن حزب الله هم الغالبون » (المائدة / ٥٦) . « كل حزب بما لديهم فرحون » (الروم / ٣٢) . « رضى الله عنهم ورضوا عنه أولئك حزب الله » (المجادلة / ٢٢) .

ومع ذلك فإن النظرية الإسلامية لا تحتكر المناصب القيادية للمسلمين ولا تخصهم وحدهم بكافة الولايات العامة . فإن تسمية يحدد قاعدة اختيار الاصلح واختيار الاصلح يتم بمعرفة مقصود الولاية ومعرفة طريق المقصود فلهذا لما غلب على الملوك قصد الدنيا دون الدين قدموا في ولايتهم من يعينهم على تلك المقاصد .

أما الماوردي فقد عقد فصلا في كتابه « الاحكام السلطانية » عن تقليد الوزارة فقال إنها حزبان : وزارة تفويض وفيها يفوض الامام إلى وزيره تدبير الامور برأيه وامضاءها على اجتهاده ، ووزارة تنفيذ وحكمها اضعف وشروطها اقل لأن النظر فيها مقصور على رأى الامام وتدييره . وهذا الوزير وسط بينه وبين الرعايا والولاة يؤدي عنه مأمور وينفذ عنه ماذكر ويمضى ماصدر . ومأقرب وزير التنفيذ هذا مما نطلق عليه اليوم وزير الدولة . ويميز الماوردي أن يكون وزير التنفيذ من أهل الدمة .

أما الوظائف الكبرى فيشترط فيها الماوردي توافر صفة الإسلام فيمن يتولاها عدا جباية الزكاة فينجوز أن يكون جاني الزكاة من غير المسلمين ، إذا كان في مال قد عرف مبلغ أصله وقدر زكاته ، ذلك أن جاني الزكاة يعد من عمال التنفيذ لا التفويض .

وفي اجتهادات الباحثين المعاضرين آراء تفتح بابا اوسع لمشاركة الكتائبين في الحياة العامة للدولة الإسلامية ، فهناك رأى يرى تجاوز اشتراك أهل الكتاب في الوقت الحاضر في انتخاب رئيس الجمهورية في الدول الإسلامية-الجمهورية لأن رئاسة الجمهورية ليست لها صبغة دينية كما كانت في السابق . فهي إذن رئاسة دنيوية وليست هي الخلافة التي يتحدث عنها الفقهاء ، وأن بقى لها شيء من معانيها (عبد الكريم زيدان - المرجع السابق ، ص ٨٣) .

إن هذا الرأى يسلم بواقع الحال ويضع له حكما ولكن غايتي في هذا البحث هي تصوير مايجب أن يكون عليه الحال والبحث عن الحكم الإسلامي

المناسب له . ولذا أفضل رأياً آخر يذهب إلى أن الكتائبين يستطيعون أن يعملوا في أى هيئة حكومية ترشحهم لها مؤهلاتهم الشخصية ، بما في ذلك الدفاع عن الدولة الإسلامية . ولكن من الممكن أن يستبعدوا فقط عن تلك المراكز التي يتطلب اتخاذ القرارات فيها وجود التزام شخصي بالإسلام كتولى القضاء بين المسلمين أو وضع السياسة العامة للدولة الإسلامية (اسماعيل الفاروقى — حقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية ، مجلة المسلم المعاصر العدد ٢٥ ، سنة ١٩٨١ ، ص ٢٥) . واضيف إلى هذا الرأى أن من وزارات التفويض التي تكلم عنها الماوردى وزارات يمكن أن يتولاها الكتائب مثل وزارة الاعلام ووزارة الزراعة ووزارة المواصلات ووزارة الصناعة ، وهكذا .

ويبدو أن من الفقهاء من أحس بأن فتواه تفتقر إلى ساق قوية لتقف عليها فذهب — مثل الماوردى — إلى أن الالتزامات التي تفرض على أهل الكتاب مثل اخفاء دفن موتاهم ومنعهم من ركوب الخيل وتغيير هيئاتهم وشد الزناد (الحزام) وألا يعلوا على المسلمين في الابنية ، وغير ذلك من الشروط الغريبة — هي من قبيل المستحب . وسواء كانت من قبيل المستحب أم من قبيل المستحق فإن الذى يؤخذ عندى على القائلين بهذه الآراء التي تغرق في تنظيم جزئيات الحياة الخاصة بالكتائب قد تجاوز — كما أوضحت — ماينبغي أن يقف عنده الاجتهاد بالنسبة لما يطبق من احكام على أهل الكتاب .

قد يحتج البعض على مذهب المساواة في المواطنة بين المسلم والكتائبى بآيات القرآن الكريم التي تؤيد في ظاهرها — لمن لا يحسن تفهم معناها — مخالف لما أقول ، والآيات الكريمة ثلاثة هي :—

(أ) « لا يتخذ المؤمنون الكافرين اولياء من دون المؤمنين » (آل عمران / ٢٨) .

(ب) « يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم قد بدت البغضاء من افواههم وما تخفى صدورهم أكبر » (آل عمران / ١١٨) .

(ج) « يا ايها الذين آمنوا لاتتخذوا اليهود والنصارى اولياء » (المائدة / ٥١) .

غير أن سياق النصوص القرآنية يؤكد أنه لا صلة البتة بين هذه الآيات والتعامل العادى فى المجتمع الإسلامى بين المسلمين والكتابين « فهى جميعا واردة فى المعتدين على الإسلام والمحاربين لأهله ، وتحرر افراد الأمة من خصومها واجب يتجدد فى كل عصر » (محمد الغزالى — التعصب والتسامح بين المسيحية والإسلام ، ص ٤٠) .

٣ — أن المساواة التى اتكلم عنها والتى تعتبر أن أهل الذمة مواطنون أوسع من البر بأهل الكتاب الذى يتكلم عنه المعتدلون من الفقهاء التقليديين . ولذا فان الامثلة والاسانيد التى تضرب لتأكيد ذلك البر كحرص عمر بن الخطاب على أن يتحرى بنفسه مراعاة ولاته للبر بأهل الذمة أو منع المسلمين من التعرض لهم بسب أو أذى ، وما إلى ذلك ، هى أدخل فى باب معاملة الاقليات . بدى أن أهل الكتاب اقلية عديدة فى دار الإسلام ولكنهم ليسوا اقلية ثانوية لان الذمة التى لهم من الدولة هى ذاتها الذمة التى للمسلمين ، فالفتتان كما قلت تتساويان فى رابطة الجنسية وتلتزمان — على قدم المساواة — بواجبات المواطنة وتتمتعان بحمايتها . ولذا قلت إن المسمى الافضل عندى هو « أهل الكتاب » وليس « أهل الذمة » . ومن ثم فأنى أحى — مثلاً — بتحفظ قيام العباسيين بإنشاء ديوان خاص للمحافظة على اموال الذميين ورعاية مصالحهم ، وكان اسم رئيس الديوان « كاتب الجهاد » (والجهاد كلمة فارسية معناها العارف بتميز الجيد من الردى عن طريق الثقة والتحميص) ، وأنشأ الامويون فى الاندلس ديوان « كاتب الذمة » ليوذى مهمة مماثلة لمهمة كاتب الجهاد .

ولكن هذه الامثلة لاتصل إلى حد المساواة التى أقصد اليها ، فهى تشير إلى نوع من الفصل العقائدى ، وهذا اضيق من مفهومى للمساواة لان هذه مساواة تعادلية والتى أقصد اليها مساواة اندماجية .

إن الحساسية التى استشعرها بعض الفقهاء حيال أهل الكتاب وما سمرت

عنه من تشدد مرجعها إلى مالقيه المسلمون من أهل الكتاب في أوائل الدعوة الإسلامية فقد كان قساوسة الكنيسة حتى العصر الوسيط يعتبرون بلاد المسلمين دياراً لهم كما منعت اعراف ذلك العصر على الفرنجة التعامل التجاري مع المسلمين ، وهذا ماقرره صراحة مجمع اللاتران الكنسي عام ١١٧٩ م . كما لم تسمح اوربا المسيحية باستمرار تعبد المسلمين في جنباها ، وماجرى في الاندلس رسيقية خير شاهد على ذلك .. فقد كانت الخيارات التي وضعت أمام المسلمين في هذين البلدين هي القتل أو اعتناق المسيحية أو الطرد، مما انتهى إلى اقتلاع جذور الاسلام تماما من هذه المناطق . ولكن هذه الحقائق لا تنهض مبرراً يبيح أن نقابل أهل الكتاب جميعاً بمعاملة المثل وأن ننكر عليهم حقوقاً ثابتة بحكم القرآن والسنة أو أن نلقى على الجميع تبعة جرائم ارتكبها نفر بعينه في زمن معين .

وثيقة حقوق الإنسان في الإسلام :

وحرى بالذكر أن المؤتمر الإسلامي أعد وثيقة من ثمان وعشرين مادة عن حقوق الإنسان في الإسلام ولكنها لم تحظ بقبول الدول الاعضاء ولذا فانها قيد الدراسة مجدداً ، بيد أنني أرى من المناسب أن اناقش هذه الوثيقة في ايجاز من حيث أنها تنبئ عن عموميات اتجاه المؤتمر في هذا السبيل .

تبدأ الوثيقة بديباجة تؤكد ايمان الدول الاعضاء بالرسالة المحمدية وقيامها على عقيدة التوحيد والدور الحضارى والتاريخى للأمة الإسلامية وتثبت المادة الأولى حق المساواة بين البشر جميعاً في أصل الكرامة الإنسانية والتكليف والمسئولية وأن احب الخلق عند الله أنفعهم لعياله . وفي هذا الحق يفصل فقهاء المسلمين في أحكام اللقيط وربما كان من الافضل لو أن المادة تضمنت الإشارة إلى ذلك . وتكفل المادة الثانية حق الحياة لكل انسان وتحرم جريمة الاضطلام .

وتتناول المادة الثالثة بعض احكام الحرب والمنازعات المسلحة ، وهى بذلك توازن بين حق الإنسان في السلام (القانون الانسانوى) وبين حق الإنسان في الحرب (القانون الانسانى) ولذا فإن المادة فى رأى قد حشرت فى غير موضعها .

وتقرر المادة الرابعة حرمة الإنسان بعد موته وحماية جثثه ومدفنه .

وتثبت المادة الخامسة أن الأسرة هي الأساس في بناء المجتمع والزواج اساس تكاملها . وتأقي المادة السادسة لتبين أن المرأة مساوية للرجل في الكرامة الانسانية ولها مثل ما عليها من الواجبات ولها شخصيتها المدنية وذمتها المالية وفي الوقت ذاته تحمل الرجل عبء الانفاق على الأسرة ومسئولية رعايتها . والواقع أن المادة السادسة ذات صلة بالمادة الأولى فهي تقنن شطرا من الذي اوردته المادة الأولى وهو المساواة . وتنظم المادة السابعة العلاقة بين الطفل وأبويه .

وتتكلم المادة الثامنة عن حق كل انسان في التمتع بجنسية وهي بذلك تزكي الانفصال بين الدولة الإسلامية حتى أنها ترتفع بالجنسية إلى مستوى حق أساسى من حقوق الإنسان في النظرية الإسلامية .

وتنص المادة التاسعة على حق الإنسان في التمتع بشخصيته الشرعية .

وتجعل المادة العاشرة طلب العلم فريضة والتعليم واجبا على الدولة وهنا لاقتصر المادة على حقوق الإنسان بل تتكلم عن فريضة من الفرائض التي يلتزم بها ، ومن ثم فإن طلب العلم بهذا هو حق يغلب فيه حق الله لأنه لو كان من الحقوق التي يغلب فيها حق الفرد لجاز له أن يتنازل عنه ولما كان فريضة عليه .

أما المادة الحادية عشرة فتمنع ممارسة أى لون من الإكراه على الإنسان ليترك دينه الإسلامى ، فهي إذن تحدد من القاعدة القرآنية التي تمنع الإكراه في الدين عموما أيا كان الدين وليس الإسلام وحده .

وتذكر المادة الثانية عشرة بأن الإنسان يولد حرا وتحرم الاستعمار بشتى انواعه ، أى انها تجمع في فقرتي المادة بين حق الإنسان وحق الشعب ظنا منها بأن حرية الإنسان مرتبطة بحرية الشعوب فاستخدمت لذلك تعبيراً غامضاً — لاسيما بالنسبة للاحكام النظرية الإسلامية — وهو الاستعمار . ولانسى أن من الكتاب الغربيين من يعتبر أن الجهاد الحرى يعد من قبيل الاستعمار بمفهومه الغربى المعاصر .

ولعل خطأ المادة هو في جريها وراء المصطلحات الحديثة دون تدقيق أو تعمق .
وتضمن المادة الثالثة عشرة لكل انسان الحق في إطار الشريعة في حرية
التنقل واختيار محل اقامته وحق اللجوء ، وعلى البلد الذى يلجأ اليه أن يجيره
حتى يبلغه . «أمنه» . وقد أحسنت الوثيقة إذ قيدت حرية التنقل بأحكام الشريعة
لان التريفة تجيز وضع قيود على ذلك كالسفر مثلا درءا لمفسدة أو تحقيقا
لمصلحة .

أما سنن اللجوء على هذا النحو فهو نقل من أحكام القرآن في شأن لجوء
المشركين إلى حماية الإسلام وإذن فهو لا يجعل حق اللجوء حقا ثابتا ومستمرا في
حين أن لجوء المسلم إلى بلد اسلامي — لاسيما وأن الوثيقة تؤكد على حق
الإنسان في جنسية — يجب أن يكون فرضا على الدولة الإسلامية دون قيد
لاسيما وأن هناك حالات يكون فيها اللجوء واجبا مفروضا مثل الخروج من
دار الحرب أو دار البدعة إلى دار الإسلام ، وأول من فعل ذلك ابراهيم عليه
السلام . والله تعالى يقول «لم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها» (النساء /
٩٧) .

وتناول المادة الرابعة عشرة إن العمل حق تكفله الدولة والمجتمع بـكل قادر
عليه وللإنسان حرية اختيار العمل اللائق به . والحق أن هذه المادة تكرس حقا
تناوله الفقه الإسلامي بتفصيل واف ، ويطول بي المقام لو أننى ناقشته بما
يستحقه ولكنى اكتفى هنا بأن المادة كان يجب أن تستكمل الإشارة إلى
مقدماته الرئيسة باضافة نص يتعلق بحقوق العامل في تكافؤ الفرص والرعاية
الصحية وتأمينه ضد البطالة ورعاية الاحداث والنساء ولا يغنى في الاحداث
والنساء أن المادة ذكرت ألا يكلف العامل بما لا طاقة له به . كذلك كنت
أتوقع أن تقيد المادة حق العامل في اختيار العمل بأحكام الشريعة الإسلامية لأن
هناك من الاعمال مالا تجيز الشريعة القيام به كبيع الخمر بالنسبة للمسلم مثلا .
قد يقال إن المادة / ٢٣ تكفى في هذا لانها تقيد الحقوق والحريات الواردة في
الوثيقة بأحكام الشريعة الإسلامية ، فإن صح هذا لوجب أن ترفع الإشارة إلى

أحكام الشريعة من المواد التي تضمنت تلك الإشارة مثل م ١٣ التي تقيد حرية التنقل بأحكام الشريعة. وأقول ذلك لأن في النظرية الإسلامية أحكاما غاية في الطرافة بالنسبة للعمل كإسقاط الزكاة عن معدات العامل كالكتب مثلا . وتجعل المادة الخامسة عشرة من التجارة حقا للإنسان ، كما تضمن المادة السادسة عشرة لكل إنسان الحق في التملك وتحرم مصادرة الاموال إلا بمقتضى شرعى . ومادام أن الوثيقة تضيف أحيانا بعض الالتزامات المتعلقة بالحق والتي يعقب أن تكون شرطا في ممارسته فإنى كنت أفضل لو أن المادة اضافت الزام المالك بمداومة استثماره إذا كان من يؤازر الاتباع وكذا الالتزام بدفع الزكاة المستحق عليه .

وتتعلق المادة السابعة عشرة بحماية حق كل إنسان في الانتفاع بشمرات انتاجه العلمى أو الادبى أو الفنى أو الثقافى . والحق أن الملكية يجب تعريفها في النظرية الإسلامية إذ يمكن أن تنصرف إلى الملكية المعنوية الأمر الذى كان يغنى فيه حكم المادة السابقة ولكن اهتمام الوثيقة باقرار هذه الملكية على حدة هو ابراز لأهميتها واطهار لأن الوثيقة تسير الاتجاهات الحديثة .

وتذكر المادة الثامنة عشرة أن لكل إنسان على مجتمعه ودولته حق الرعاية الصحية والاجتماعية وتفرض على الدولة أن تكفل له حقه في عيش كريم . وتعالج المادة التاسعة عشرة حق الإنسان في أن يعيش آمنا في مسكن له حرمة ، والمادة هنا قد فصلت مما يجمع اطرافه حق الإنسان في مسكنه طبقا لما تقرره النظرية الإسلامية .

وتكرر المادة العشرون المبدأ الجنائى الذى يجعل المستورج/ شخصية وأن لاجرم ولا عقوبة إلا بنص وأن المتهم برىء حتى تثبت ادانته . وهذه المادة والمادة التي تليها تجمع في ايجاز أهم ضمانات الإنسان ضد العنف الجنائى . وتواصل المادة الحادية والعشرون مقدار ضمانات الأمن فتمنع القبض أو تقيد الحرية بدون موجب شرعى وتحرم التعذيب أو اخضاع الفرد لتجارب طبية أو علمية إلا برضائه وبشرط عدم تعرض صحته وحياته للخطر .

وتضيف المادة الثانية والعشرون أنه لا يجوز أخذ الرهائن للاحتياز . وترتكز المادة الثالثة والعشرون حرية الرأي والتعبير والحق في الدعوة إلى الخير وعدم جواز استغلال الاعلام أو إثارة الكراهية القومية أو العنصرية .

وتتصل المادة الرابعة والعشرون بمساواة الناس أمام الشرع وكفالة حق اللجوء للقضاء .

وتذهب المادة الخامسة والعشرون إلى أن حرية المجتمع واجب لضمان الحقوق الأساسية وأن لكل إنسان حق الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده .

وتجتمع المادتان السادسة والعشرون والسابعة والعشرون حول تقييد كافة الحقوق والحريات التي تقرها الوثيقة بأحكام الشريعة الإسلامية وأن الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أى مادة من مواد الوثيقة .

وتوجه المادة الثامنة والعشرون الدول الأعضاء إلى اتخاذ الاجراءات اللازمة لتطبيق أحكام الوثيقة وقد اسمتها « الاعلان » جريا على سنة الامم المتحدة عندما اسمت وثيقة حقوق الإنسان سنة ١٩٤٨ . بالاعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى اتخذت منه الوثيقة هاديا فى كثير من أحكامها . ونظرا لان هذه الوثيقة لم تكن محل رضاء الدول أعضاء المؤتمر الإسلامى فإنى قد خففت كثيرا من الانتقادات المتعددة التى يمكن أن توجه اليها . وظاهر الوثيقة أنها تقرر الحقوق للإنسان بوصفه انسانا بغض النظر عن ديانتة لانها تنص دائما على أن « لكل إنسان » . فان صح هذا الفهم وكان مقصد الوثيقة أن تقنن حقوق الإنسان — بوصفه انسانا — فى النظرية الإسلامية فإن ذلك يعنى أنها قد سوت فى الحقوق مساواة كاملة بين المسلمين وغير المسلمين . وهى بهذه المساواة قد غابت أهل الكتاب — أى الاقلية — بعدم الإشارة إلى حقهم الخاص فى أن تكون لهم نظمهم القانونية لاسيما فى الاحوال الشخصية وأن تتوفر لهم الدراسة بلغتهم الخاصة إن كانت لهم لغة وضمان عدم ممارسة الاكراه عليهم فى قيامهم بشعائهم ، وهكذا . ثم إن الوثيقة تكاد تقتصر على الحقوق

المدنية والسياسية وبعض الحقوق الاجتماعية ولكنها تبدو هزيلة في شأن الحقوق الاقتصادية .

والواقع أن هناك مآخذ أو تعليقات أخرى يمكن أن يضيفها أى دارس للوثيقة ولكنى قنعت بما قدمت مادام أن الوثيقة قد اعيدت لمزيد من الدراسة وحرصا على عدم الاطالة فى غير موضعها .

بيد أننى ارحب بفكرة اصدار اعلان اسلامى عالمى بحقوق الانسان ، ولعل الله يوفق من يكلف بإعادة الصياغة إلى أن يؤكد الصبغة الإسلامية الحق فيها بما لها من أصالة وشمول . والله من وراء القصد .

وقد رأيت استكمالا للفائدة أن أرفق نصوص مشروع الوثيقة مع هذه الدراسة .

وثيقة حقوق الإنسان في الإسلام

إن الدول الاعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي ، ايمانا منها بالله رب العالمين خالق كل شيء ، وواهب كل النعم ، الذي خلق الإنسان لي أحسن تقويم وكرمه وجعله في الأرض خليفة ، ووكل اليه عمارتها واصلاحها وحمله أمانة التكاليف الالهية وسخر له مافي السموات ومافي الارض جميعا .

وتصديقا برسالة محمد — ﷺ — الذي ارسله الله بالهدى ودين الحق ، رحمة للعالمين ومحبرا للمستعبدين ومحطما للطواغيت والمتألهين والذي اعلن المساواة بين البشر كافة ، فجعل لافضل لاحد على احد الا بالتقوى ، والغنى الفوارق والكرهية بين الناس ، الذين خلقهم الله من نفس واحدة .

وانطلاقا من عقيدة التوحيد الخالص ، التي قام عليها بناء الإسلام والتي دعت البشرية كافة ألا يعبدوا إلا الله ، ولا يشركوا به شيئا ولا يتخذ بعضهم بعضا أربابا من دون الله والتي وضعت الاساس الحقيقي لحرية البشر وكرامتهم واعلنت تحرير الإنسان من العبودية للإنسان .

وتحقيقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية الخالدة ، من المحافظة على الدين والنفس والعقل والعرض والمال والنسل ، وما امتازت به من الشمول والوسيلة في كل مواقفها واحكامها فمزجت بين الروح والمادة وأخذت بين العقل والقلب وقرنت بين المثالية والواقعية ووزانت بين الحقوق والواجبات ، ووقفت بين حرمة الفرد ومصلحة الجماعة واقامت الموازين الفسط بين الاطراف المتقابلة فلا طغيان ولا اخسار .

وتأكيدا للدور الحضاري والتاريخي للامة الإسلامية التي جعلها الله امة وسطا اورث البشرية حضارة عالمية متوازنة، وصلت الارض بالسماء وربطت الدنيا بالآخرة وجمعت بين العلم والإيمان ، وما يرجي أن تقوم به هذه الامة

اليوم لهداية البشرية الحائرة بين التيارات والمذاهب المتنافسة وتقديم الحلول لمشكلات الحضارة المادية المزمنة .

ومساهمة في الجهود البشرية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تهدف إلى حمايته من الاستغلال والاضطهاد وتهدف إلى تأكيد حريته وحقوقه في الحياة الكريمة التي تتفق مع الشريعة الإسلامية .

وثقة منها بأن البشرية التي بلغت في مدارج العلم المادى شأوا بعيدا لاتزال في حاجة ماسة إلى سند إيماني لحضارتها وإلى وازع ذاتي يحرس حقوقها .

وإيماننا بأن الحقوق الأساسية والحريات العامة في الإسلام جزء من دين المسلمين لايملك أحد تعطيلها كلياً أو جزئياً ، أو خرقها أو تجاهلها في احكام إلهية تكليفية . أنزل الله بها كتبه ، وبعث بها خاتم رسله وتمم بها ماجاءت به الرسالات السماوية واصبحت رعايتها عبادة ، وإهمالها أو العدوان عليها منكرا في الدين وكل انسان مسئول عنها بمفرده ، والامة مسئولة عنها بالتضامن ، أن الدول الاعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي تأسيسا على ذلك تعلن مايلي :

المادة الاولى :

أ (البشر جميعا اسرة واحدة جمعت بينهم العبودية لله والبنوة لادم وجميع الناس متساوون في أصل الكرامة الإنسانية وفي أصل التكليف والمسئولية دون تمييز بينهم بسبب العرق أو اللون أو اللغة أو الاقليم أو الجنس أو المعتقد الديني أو الانتماء السياسي أو الوضع الاجتماعي أو غير ذلك من الاعتبارات .

ب (أن الخلق كلهم عباد الله وأن أحبهم اليه انفعهم لعياله وأنه لافضل لاحد منهم على الاخر إلا بالتقوى .

المادة الثانية :

أ (الحياة حق مكفول لكل انسان ، وعلى الافراد والمجتمعات والدول حماية هذا الحق من كل اعتداء عليه ، ولايجوز ازهاق روح دون مقتضى شرعى .

- ب) يحرم اللجوء إلى وسائل تقضى إلى افناء النوع البشرى كليا أو جزئيا .
ج) المحافظة على استمرار الحياة البشرية إلى ماشاء الله واجب شرعى .

المادة الثالثة :

- أ) فى حالة الحرب أو المنازعات المسلحة لايجوز قتل من لا مشاركة لهم فى القتال كالشيخ والمرأة والطفل ، وللجريح الحق فى أن يداوى وللأسير أن يطعم ويؤوى ويكسى ، ويحرم التمثيل بالقتلى ، ويجوز — من حيث المبدأ — تبادل الاسرى وتلاقى واجتماع الاسر التى فرقها ظروف القتال .

- ب) لايقطع الشجر ولايتلف الزرع والضرع ولاتحرب المباني والمنشآت للعدو بقصف أو نسف أو غير ذلك إلا لضرورة شرعية مقتضية .

المادة الرابعة :

- لكل انسان حرمة بعد موته والحفاظ على سمعته وعلى الدولة والمجتمع حماية جثثانه ومدفنه .

المادة الخامسة :

- الاسرة هى الاساس فى بناء المجتمع ، والزواج اساس تكوينها :
أ) للرجال والنساء الحق فى الزواج ولاتحول دون تمتعهم بهذا الحق قيود منشؤها العرق أو اللون أو الجنسية .
ب) على المجتمع والدولة ازالة العوائق أمام الزواج وتيسير سبله وحماية الاسرة ورعايتها .

المادة السادسة :

- أ) المرأة مساوية للرجل فى الكرامة الإنسانية ، ولها من الحقوق مثل ماعليها من الواجبات ، ولها شخصيتها المدنية وذمتها المالية المستقلة وحق الاحتفاظ باسمها ونسبها .

ب) على الرجل عبء الانفاق على الأسرة ومسئولية رعايتها وفقا لما تعنيه كلمة القوامة للرجال في الشريعة الإسلامية .

المادة السابعة :

أ) لكل طفل منذ ولادته حق على الابوين والمجتمع والدولة في الحضانة والتربية والرعاية المادية والادبية كما تجب حماية الامومة واعطاؤها عناية خاصة .

ب) للاباء الحق في اختيار نوع التربية التي يريدون لاولادهم مع وجوب مراعاة مصلحتهم ومستقبلهم في ضوء القيم الاخلاقية والاحكام الشرعية .

ج) للاباء على الابناء حق الابوة وللابقارب حق على ذويهم وفقا لاحكام الشريعة .

المادة الثامنة :

لكل انسان الحق في التمتع بجنسية ولايجوز حرمانه من جنسيته بشكل تعسفى .

المادة التاسعة :

لكل انسان التمتع بشخصيته الشرعية من حيث الازلام والالتزام وإذا فقدت أهليته أو انتقصت قام وليه مقامه .

المادة العاشرة :

أ) طلب العلم فريضة والتعليم واجب على الدولة وعليها تأمين سبله ووسائله وضمان تنوعه بما يحقق مصلحة المجتمع ويتيح للإنسان معرفة دين الإسلام وحقائق الكون وتسخيرها لخير البشرية .

ب) من حق كل انسان على مؤسسات التربية والتوجيه المختلفة من الأسرة والمدرسة والجامعة وأجهزة الاعلام أن تعمل على تربية الإنسان دينيا ودنيويا تربية متكاملة ومتوازنة بحيث تنمى شخصيته وتعزز إيمانه بالله واحترامه للحقوق والواجبات وحمايتها .

المادة الحادية عشرة :

لما كان على الإنسان أن يتبع الإسلام دين الفطرة فإنه لا يجوز ممارسة أى لون من الاكراه عليه لترك دينه إلى دين آخر أو إلى الالحاد كما لا يجوز استغلال فقره أو ضعفه أو جهله لتغيير دينه .

المادة الثانية عشرة :

أ (يولد الإنسان حرا وليس لاحد أن يستعبده أو يذله أو يقهره أو يستغله ولا عبودية لغير الله تعالى .

ب (الاستعمار بشئ أنواعه محرم تحريما قاطعا وهو من أسوأ أنواع الاستعباد وللشعوب التى تعانى الحق الكامل فى التحرر منه وتقرير المصير ، وعلى جميع الدول والشعوب واجب النصرة لهم فى كفاحهم لتصفية كل أشكال الاستعمار أو الاحتلال ، ولجميع الشعوب الحق فى السيطرة على ثرواتها ومواردها الطبيعية .

المادة الثالثة عشرة :

لكل انسان الحق فى اطار الشريعة فى حرية التنقل ، واختيار محل اقامته داخل بلاده أو خارجها وله إذا اضطهد حق اللجوء إلى بلد آخر وعلى البلد الذى لجأ اليه أن يحميه حتى يبلغه مأمنه مالم يكن موجب اللجوء اقتراف فعل يعتبر مخالفا للمقتضيات الشرعية .

المادة الرابعة عشرة :

العمل حق تكفله الدولة والمجتمع لكل قادر عليه ، وللانسان حرية اختيار العمل اللائق به مما تتحقق به مصلحته ومصاحبة المجتمع ، وللعامل حقه فى كافة الضمانات المتعلقة بالامن والسلامة ، ولايجوز تكليفه بما لا طاقة له به أو استغلاله أو الاضرار به ، وله أن يتقاضى أجرا عادلا مقابل عمله دون تأخير وله الاجازات والعلاوات والترقيات التى يستحقها ، وهو مطالب بالاخلاص والالتقان ، وإذا اختلف العمال واصحاب العمل فمن حقهم على الدولة أن تتدخل لرفع الظلم واقرار الحق والالزام بالعدل دون تحيز .

المادة الخامسة عشرة :

للإنسان الحق في التجارة المشروعة ، دون احتكار أو غش أو اضرار بالغير .

المادة السادسة عشرة :

أ (لكل انسان الحق في التملك بالطرق الشرعية سواء وحده أو بالاشتراك مع غيره ، كما أن له التمتع بحقوق الملكية بما لا يضر به أو بغيره من الافراد أو المجتمع ، ولا يجوز نزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض فوري عادل .

ب (تحرم مصادرة الاموال في كل الاحوال إلا بمقتضى شرعى .

المادة السابعة عشرة :

لكل انسان الحق في الانتفاع بشمرات انتاجه العلمى أو الادبى أو الفنى أو التقنى ، ولكل من ساهم في ذلك الانتاج الحق في حماية مصالحه الادبية والمالية الناشئة عنه على أن يكون هذا الانتاج غير مناف لاحكام الشريعة .

المادة الثامنة عشرة :

أ (لكل انسان على مجتمعه ودولته حق الرعاية الصحية والاجتماعية مائتية . جميع المرافق العامة التى يحتاج اليها في حدود الامكانيات المتاحة .

ب (تكفل الدولة لكل انسان حقه في عيش كريم يحقق له تمام كفايته وكفاية من يعوله ويشمل ذلك المأكل والملبس والمسكن والتعليم والعلاج وسائر الحاجات الاساسية .

المادة التاسعة عشرة :

أ (لكل انسان الحق في أن يعيش آمناً على نفسه وأهله وعرضه وماله .

ب (وللإنسان الحق في الاستقلال بشئون حياته الخاصة في مسكنه واسرته وماله . واتصالاته ، ولا يجوز التجسس عليه أو الرقابة أو الاساءة إلى

سمعته ويجب على الدولة حمايته من كل تدخل تعسفى وذلك كله ضمن أحكام الشريعة الإسلامية .

ج (للمسكن حرمة فى كل حال ولا يجوز هدمه أو مصادرته أو تشريد أهله منه . ولا يجوز دخوله بغير إذن أهله أو بصورة غير مشروعة .

المادة العشرون :

أ (المسئولية فى أساسها شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .
ب (المتهم برىء حتى تثبت ادانته بمحاكمة عادلة تؤمن له فيها كل الضمانات الكفيلة بالدفاع عنه ، ويفسر الشك لصالحه .

المادة الحادية والعشرون :

لا يجوز بغير موجب شرعى ، القبض على انسان أو تقييد حريته أو نفيه أو عقابه ، ولا يجوز تعريضه للتعذيب البدنى أو النفسى أو لآى نوع من المعاملات المذلة أو القاسية أو المنافية للكرامة الانسانية . كما لا يجوز اخضاع أى فرد للتجارب الطبية أو العلمية إلا برضاء وبشرط عدم تعرض صحته وحياته للتضرر ، كما لا يجوز سن القوانين الاستثنائية التى تخول ذلك للسلطات التنفيذية .

المادة الثانية والعشرون :

لا يجوز أخذ الرهائن للاحتراز للضغط على انسان لتسليم نفسه .

المادة الثالثة والعشرون :

أ (لكل انسان الحق فى حرية الرأى والتعبير بكل وسيلة وفى حدود المبادئ الشرعية .
ب (لكل انسان الحق فى الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وله أن يشترك مع غيره من الأفراد أو الجماعات فى ممارسة هذا الحق ، وذلك كله وفقا للشريعة الاسلامية ، وعلى الدولة والمجتمع تقديم العون والحماية اللازمين .

- ج (الاعلام ضرورة حيوية للمجتمع ، ويحرم استغلاله وسوء استعماله
وكل مامن شأنه الاخلال بالقيم أو أى شىء يعود على المجتمع بالتفكك
أو الانحلال أو الضرر أو زعزعة الاعتقاد .
- د (لانجوز اثاره الكراهية القومية أو العنصرية أو كل مامن شأنه أن يؤدى
إلى التحريض على التمييز العنصرى بكافة اشكاله .

المادة الرابعة والعشرون :

- أ (الناس سواسية أمام الشرع ، يستوى فى ذلك الحاكم والمحكوم .
- ب (حق اللجوء إلى القضاء مكفول للجميع .

المادة الخامسة والعشرون :

- أ (حرية المجتمع واجب لضمان الحقوق الاساسية للانسان والولاية امانة
يحرم الاستبداد فيها وسوء استغلالها تحريما قاطعا .
- ب (لكل انسان حق الاشتراك فى ادارة الشؤون العامة لبلاده بصورة
مباشرة أو غير مباشرة ، كما أن له الحق فى تقلد الوظائف العامة وفقا
للاحكام المرعية .

المادة السادسة والعشرون :

كل الحقوق والحريات المقررة فى هذه الوثيقة مقيدة باحكام الشريعة
الإسلامية .

المادة السابعة والعشرون :

الشريعة الإسلامية هى المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أى مادة من مواد
هذه الوثيقة .

المادة الثامنة والعشرون :

تعمل الدول الاعضاء فى منظمة المؤتمر الاسلامى على اتخاذ جميع الاجراءات
اللازمة لتطبيق احكام هذا الاعلان .

الفصل الثانى فى الاجتهاد السلطانى (المعاهدات)

المعاهدات — لغة وفقها :

يقولون فى اللغة إن المعاهدة والاعتقاد والتعاهد والتعهد واحد وهو احدث العهد بما عهده .

وكما أن اللغة العربية تتضمن فى العهد عدة مصطلحات بعضها يجرى استعماله والبعض الآخر أقل استعمالا فان لغة القانون الدولى المعاصر تتضمن — إلى جانب « معاهدة » — عدة مصطلحات اخرى كمرادف للتعبير مثل الوفاق والعهد والميثاق . ويحاول البعض أن يعطى لكل لفظ من هذه الالفاظ معنى يخالف اللفظ الآخر ولكنها محاولات غير دقيقة . قد يكون هناك بعض المنطق فى القول بأن العمل الدولى يتجه إلى استعمال مسميات معينة للتدليل على اهمية الوثيقة ولكن التعبيرين اللذين يستحقان بعض البيان هما : (١) تعبير « لحق — بروتوكول » ويستخدم احيانا ليعنى وثيقة مكملة للمعاهدة . كما قد يستخدم للإشارة إلى وثيقة وجيزة تسجل مفاوضات اجريت بشأن المعاهدة مثل « لحق » — بروتوكول — الاسكندرية سنة ١٩٤٤ الذى كان مقدمة لاتفاقية جامعة الدول العربية سنة ١٩٤٥ .

(٢) الوفاق البابوى concordat وهو اتفاق يبرم بين البابا بوصفه رئيسا للكنيسة الكاثوليكية وبين دولة أخرى بقصد حماية مصلحة الكنيسة فى الدولة المعنية ، ويذهب البعض إلى أن هذه الوفاقات البابوية ليس لها طبيعة المعاهدات الدولية .

كذلك من التعبيرات التى ترد فى لغة السياسة تعبير Gentlemen agreement الذى شاع فى الفقه العربى تسميته « باتفاق الجنتلمن » فى حين أن العرب

عرفوا مثيله باسم « اتفاق الشرفاء » وهو اتفاق يتم بين القائمين بالشئون الخارجية للدولتين أو أكثر لاثبات منهج تنهجه دولهم في امر دولي معين دون اى ارتباط قانونى .

والمعاهدة فى الفقه المعاصر كما عرفتها اتفاقية فينا للمعاهدات هى اتفاق دولي يرم بين دول فى صياغة مكتوبة ويحكمه القانون الدولى سواء احتوته وثيقة واحدة أم أكثر وأيا كان مسماه .

ولكن لفظ معاهدة ليس هو الجارى فى استعمال الفقهاء المسلمين ، ولعل مرجع ذلك أن القرآن الكريم لم يذكره . وإنما جرت لغة النظرية الإسلامية بالفاظ « عهد » و « ميثاق » و « موثق » . كما استخدمت فى هذا المعنى احيانا — وفى نطاق محدود — لفظة « أمان » . ولما كنت أعتبر أن الأمان — حسبما يشرحه الفقه التقليدى — ليس بمعاهدة للأسباب التى أذكرها فيما بعد . فأتناول اللفظين الجارين — العهد والميثاق — ببعض التوضيح ، وأبدأ بلفظة « العهد » وأضيف فى ذلك إلى ماسبق أن « الزجاج قال مأدري مالعهد وقال غيره العهد كل ماعوهد الله عليه وكل ماين العباد من مواتيئ ويقال عهد إلى فى كذا أى أوصانى . وقوله عز وجل ألم أعهد اليكم يابنى آدم معنى الوصية والامر والعهد الذى يكتب للولاة وهو مشتق منه والجمع عهود ... والعهد الموثق واليمين يحلف بها الرجل ... وتقول على عهد الله لإفعلن كذا ومنه قوله تعالى وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم وقيل ولّى العهد لانه ولّى الميثاق الذى يؤخذ على من بايع الخليفة والعهد ايضا الوفاء وفى التنزيل وما وجدنا لأكثرهم من عهد اى من وفاء قال ابو الهيثم العهد جمع العهدة وهو الميثاق واليمين التى تستوثق بها ممن يعاهدك وإنما سمي اليهود أهل العهد للذمة التى اعطوها .. » (لسان العرب ج ٤ ، ص ٣٠٥ — ٣٠٨) .

أما المعنى اللغوى للميثاق فهو من الموائقة والمعاهدة « ومنه الموثق تقول واثقته بالله لافعلن كذا وكذا ويقال استوثقت من فلان وتوثقت من الأمر إذا أخذت فيه بالوثاقة والموثق من الوثاق من الشحير الذى يعول الناس عليه

إذا انقطع الكلاً والشجر وفي الميثاق الثقة والوثاقة مصدر الشيء الوثيق المحكم والفعل اللازم .. والموثق والميثاق العهد صارت الواوياء لانكسار ما قبلها والجمع المواثيق ... والميثاق العهد مفعال من الوثاق وهو في الاصل جبل أو قيد يشد به الأسير والدابة ... » (لسان العرب ، ج ١٢ ، ص ٢٥٠ — ٢٥١) .

وحرى بالذكر أن العمل الدولي المعاصر قد كرم التعبيرين اللذين برزا في الفقه الإسلامي — العهد والميثاق — فاستخدمهما كمسمى لخطر معاهدتين في تاريخ التنظيم الدولي فاطلق على المعاهدة التي أنشأت عصبة الام مسمى « عهد العصبة » كما اطلق على المعاهدة التي انشأت الامم المتحدة مسمى « ميثاق الامم المتحدة » . ولكن أهذه مصادفة أم أن وراءها امرا وحكمة . ذلك ماأناقشه في موضع آخر من هذا البحث .

معاهدات العرب في جاهليتهم :

عرف العرب في جاهليتهم المعاهدات تحت مسمى « الأحلاف » وقد قامت « الأحلاف في شكل اتحادات واتفاقات بين قبائل وأفخاذ منتمية إلى قبائل مختلفة تشكل بموجبها هذه الاتحادات كتلة تغدو وكأنها وحدة قائمة بذاتها . ولو استقرأنا تاريخ العرب قبل مجيء الإسلام لرأينا شواهد حية على دوام الأحلاف سنين طويلة إلى درجة أن يصبح المتحالفون بعد ابرامها وكأنهم قوم واحد فيحملون اسما مشتركا ، أو كأنهم ينحدرون من اصل واحد « محمود عبد المولى — أنظمة المجتمع والدولة في الإسلام، الشركة التونسية للتوزيع ، ١٩٧٣ ، ص ٢٨ — ٢٩) . أى أن الأحلاف كانت تحقق أحد هدفين كبيرين : اتحادا قبليا أو تنظيما اتفاقيا . فان كان اتحادا عين رئيس أعلى له يسمى رئيس الأحاليف . وهو أقرب مايكون إلى مانسميه اليوم بالسلطة المركزية .

ويرى بعض اللغويين أن هناك رابطة معنوية بين مراسم التحالف واستعمال كلمة « حلف » أى قسم اليمين باسم الشرف أو اللات والعزى . ذلك أن هناك مراسم ذات صفة دينية يجربها المتحالفون .

أما احلاف التنظيم الاتفاق فكانت على نوعين :

(١) المساندة وهى تماثل الاحلاف العسكرية المعاصرة حيث يتفق المتعاهدون على أن يوحّدوا عملياتهم العسكرية ضدّ عدو مشترك ويتقاسمون الغنيمة . وقد جرى العرف الغالب على أن تكون قياداتهم غير موحدة أثناء القيام بتلك العمليات العسكرية .

(٢) المودعة ، وهى وفاق سلام يتعهد أطرافه بالكف عن اى عمل من أعمال العدوان أو الاستثارة ضد بعضهم البعض . أو تنظيم علاقات ودية تتناول نواحي الحياة العملية المختلفة شأن المودعات الأوروبية اليوم . ويستعمل العرب لوصف تلك العلاقات الشاملة للاقتصاد والاجتماع لفظة تجمع كل هذه المعاني فيقولون « إن بنى فلان نزول فى بنى فلان » .

ويمكن أن نضيف أيضا حلف المباهلة ، أى معاهدات الصداقة . ومن اشهر الاحلاف التى عرفها العرب فى جاهليتهم حلف الفضول من بنى هاشم وبنى عبد المطلب وزهرة وتيم وهو حلف تعاهدت فيه هذه القبائل على أن تنصر بعضها بعضا . ويروى ابن هاشم أن سبب قيام الحلف هو تكرار عدوان بعض القرشيين على زوار مكة فاجتمعت قبائل الحلف فى بيت عبد الله بن جدعان وعقدوا حلفهم لنصرة المظلوم حتى يستتب الامن والطمأنينة فى مكة وينتظم البيع والشراء ، وأعود إلى هذا الحلف مرة أخرى فيما بعد .

معاهدات العرب فى اسلامهم :

أرى من المناسب هنا أن اورد كلمة عن أنواع المعاهدات فى النظرية الإسلامية، فهذا يعين على مزيد من فهم أحكام النظرية .. وأرى بادئ ذى بدء أن الفت النظر إلى أن تنوع المعاهدات لايعنى أنها تختلف من جهة الشروط العامة الأساسية فهو من حيث الاثر القانونى . ولكنها توضح من الناحية التطبيقية

كيفية الحكم على السلامة الشرعية لكل نوع على حدة . ثم إن الكلام هنا لا يدعى أنه يقدم عرضاً على وجه الحصر لأنواع المعاهدات التي عرفها التولية الإسلامية وإنما يقصد أن يقدم نماذج لأهم أنواع تلك المعاهدات لاسيما في صدر الإسلام . ويمكن أن اجمل تلك الانواع في الفئات التالية :

(أ) معاهدات الصداقة ، وهي المعاهدات التي تبرم بين دولة اسلامية ودولة اسلامية اخرى وكذا المعاهدات التي تبرم مع ما يطلق عليه الفقه الشافعي دار العهد أو دار الصلح . ويمكن أن اضيف إلى ذلك معاهدات الامان إذا كان طرفاها هم الدولة الاسلامية ودولة اجنبية .

وإذا كان الشافعي قد أقام فكرة دار الصلح على مفهوم دفع الجزية فإننا نستطيع اليوم أن نقر الفكرة دون أن نربطها حتماً بدفع الجزية وإنما ننسبها إلى علاقات الود وتصورات الحياد لأن هذا هو ما يقضى به الاستحسان في الظروف الدولية المعاصرة ، وهذا أيضا هو ما أجازته نفر من الفقهاء المسلمين على أساس أن الأصل في علاقات الدول الاسلامية بغيرها هو السلام لا الحرب (قارن أبا عبد الله محمد بن ادريس الشافعي — الأم ، ج ٤ ، طبعة كتاب الشعب ، ص ١٠٣ — ١٠٤) .

ومعاهدات الصلح قريبة جدا من معاهدات Foedus عند الرومان التي كانت تبرم مع العدو الذي لم تتمكن روما من هزيمته هزيمة كاملة ولم تستطع أن تفرض عليه التسليم .

ومعاهدات الامان هي المعاهدات التي تسمح للأجانب بدخول دار السلام (الدولة الإسلامية) إذا لم يكن مأذونا لهم بذلك بناء على معاهدة صلح أو حسن جوار . وغالبا ما يكون هؤلاء الأجانب ممن تسميهم النظرية الإسلامية التقليدية بالحريين الذين يصبحون بهذا الامان مستأمنين . وهؤلاء يجب عليهم أن يحترموا أمن الدولة الإسلامية وسلامة اراضيها فان هم نقضوا ذلك كأن اشتغلوا بالجاسوسية أو نقلوا عتادا حريبا أو اسلحة من أو إلى دار السلام وانجروا فيما يحرم التعامل فيه في دار السلام أو انتهكوا أحكام قوانينها خرجوا

بذلك عن مقتضى الامان الممنوح لهم . وقد يصدر الامان بارادة الدولة الاسلامية الفردية ، عندئذ يمكن أن نطلق عليها مسمى « السجل » ومثال ذلك العهد المنسوب لعمر . ولكن هذه لاتعتبر معاهدة في المفهوم الذى نستلهمه في هذه الدراسة والامان قريب من نظام سبقه عند الاغريق باسم Meteoc وعند الرومان باسم Hospitium privatum للسماح للاجنىى بالاقامة المطمئنة في الاقليم الاغريقى أو في روما .

(ب) معاهدات حسن الجوار ، والاصل في هذه المعاهدات عهد المدينة الذى آخى فيه الرسول بين المهاجرين والانصار وعاهد اليهود وأقرهم على دينهم وأموالهم واشترط عليهم وشرط لهم « وأن من تبعنا من يهود فان له النصرة والاسوة غير مظلومين ولا متناصرين ... لليهود دينهم وللمسلمين دينهم ... وأن على اليهود نفقتهم وعلى المسلمين نفقتهم .. وأنه لانتجار قريش ولا من نصرها وأن بينهم النصر على من دهم يثرب » .

ومن معاهدات حسن الجوار معاهدة الرسول مع نصارى نجران وفيها التزامات على نصارى نجران للرسول كما يضمن الرسول « لنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد النبى رسول الله على أموالهم وأنفسهم وملتهم وغائبهم وشاهدهم وعشيرتهم ويبيعهم وكل ماتحت ايديهم من قليل أو كثير لا يغير أسقف من اسقفية ولا راهب من رهبانته ولا كاهن من كهانته وليس عليهم دية ولا دم جاهلية ولا يحشرون ولا يعشرون ولا يبطأ أرضهم جيش .. » كذلك جاء في المعاهدة التى ابرمت بين عبد الله بن أبى سرح وعظيم النوبة مانصه « انكم معشر النوبة آمنون بأمان الله ورسوله محمد النبى ﷺ أن لانتجاربكم ولا ننصب لكم حربا ولا نغزوكم ماأقمتم على الشرائط التى بيننا وبينكم » .

وجدير بالذكر أن العباسيين أبرموا معاهدات مع الروم بقصد وقف انتهاك التخوم المشتركة التى كان يسهل انتهاكها بسبب عدم وجود عائق طبيعى . والحق أننا لانتطيع أن نوجد فرقا واضحا بين الفتنتين السالفتين لان الأمان في

أغلب الظن هو التصور الإسلامي لنظام الجوار الذي عرفه العرب في جاهليتهم . كما أن الفقه التقليدي لم يقيم فصلا واضحا بين المودعة — وهي وفاق سلام يتعهد عاقدوه بأن يكفوا عن أى عمل من أعمال العدوان أو الاستثارة ضد بعضهم البعض — وبين المهادنة التي يمثلون لها بصلح الحديبية الذي اتخذ منه فقهاء المسلمين مثالا يحتذى وأساسا لسن أحكام المعاهدات .

ج — المهادنة : وهادنة مهادنة صالحه والاسم منها الهدنة وفي الحديث أن النبي ﷺ ذكر الفتن فقال بعدها هدنة على دخن وجماعة على اقداء . وأصل الهدنة السكون بعد النهج ويقال للصلح بعد القتال والمودعة بين المسلمين والكفار وربما جعلت للهدنة مدة معلومة فإذا انقضت المدة عادوا إلى القتال .

د — الفداء ، وهي معاهدات عرفت في العهد العباسي بقصد الافراج عن اسرى الحرب سواء كان ذلك الافراج عن اسرى المسلمين مقابل اسرى العدو أم لقاء مبلغ محدود يكون فداء . ويبدو أن الافراج عن اسرى الحرب في العهد الاموي كان يتم على مستوى فردى ولم يكن له نظام مرتب كمعاهدات الفداء العباسية .

ويقول القليشقندي إن الهدنة رتبها عند قوة السلطان متأخرة عن عقد الجزية لأن في الجزية مايدل على ضعف المعقود له وفي الهدنة مايدل على قوته . (صحيح الاعشى . ج ١٤ . ص ١ — ٤) .

وترادف المهادنة الفاظ أخرى :

احدها — المودعة ومعناها المصالحة ايضا اخذا من قولهم : عليك بالمودوع يريدون بالسكينة والوقار . وقد تكون راجعة إلى معنى السكون . وإما اخذا من توديع الثوب ونحوه وهو جعله في صوان يصونه لانه بها تحصل الصيانة عن القتال . وإما اخذا من الدعة ، وهي الخفض والهناء لان بسببها تحصل الراحة من تعب الحرب وكلفه كما أسلفت .

الثانى — المسالمة ومعناها ظاهر لأن بوقوعها يسلم كل من أهل الجانبين من الآخر ، فهى عدم الاعتداء .

الثالث — المواضعة . سميت بذلك لأن الكاتب يضع ماوقع عليه الصلح من الجانبين . على أن الكتاب يخصون لفظ المواضعة بما إذا كانت المهادنة من الجانبين . ولاشك أن ذلك جار فى لفظ المودعة والمسالمة والمباهلة ايضا لأن المفاعلة لا تكون إلا بين اثنين عدا فى ألفاظ قليلة محفوظة على ما هو مقرر فى علم العربية .

أما لفظ الهدنة فانه يصدق أن يكون من جانب واحد . بأن يعقد الأعلى الهدنة لمن هو دونه على أنها عند التحقيق ترجع إلى معنى المفاعلة ، إذ لا تتصور إلا من اثنين .

وأما فى الشرع فعبارة عن صلح يقوم بين زعيمين فى زمن معلوم بشروط مخصوصة . والأصل فيها أن تكون بين ملكين مسلم وكافر . أو بين احدهما ونائب الآخر .

وعلى ذلك رتب الفقهاء باب الهدنة فى كتبهم . وقال صاحب « مواد البيان » « وقد يتعاقد عظماء أهل الاسلام على التوادع والتسالم واعتقاد المودة والتصافى والتوازر والتعاون والتعااضد والتناصر ويشترط الاضعف منهم للاقوى تسليم بعض ما فى يده والتفادى عنه بمعاطفته والانقياد إلى اتباعه . والطاعة والاحترام فى المخاطبة . والمجاملة فى المعاملة . أو الامداد بجيش . أو امتثال الأوامر والنواهي وغيرها مما لا يحصى » .

واستملح أن اورد هنا — كنموذج للايضاح — صيغة العهد الذى أبرم بين أبى موسى الاشعرى كحكم عن على بن أبى طالب وعمرو بن العاص كحكم عن معاوية فهى صورة للمعاهدة بين وحدتين سياسيتين مسلمتين فى ضحى الإسلام وهى صورة كانت نادرة عهدئذ . كتب فى العهد بعد البسملة : « هذا ما تقاضى عليه (وهى عبارة تتردد كثيرا فى المعاهدات

الإسلامية المبكرة) ، على بن ابى طالب ومعاوية بن أبى سفيان وشيعتهما فيما تراضيا من الحكم بكتاب الله وسنة نبيه محمد ﷺ . قضية على بن أهل العزراق ومن كان من شيعته من شاهد وغائب ، وقضية معاوية على أهل الشام ومن كان من شيعته من شاهد أو غائب . أنا رضينا أن نترك عند حكم كتاب الله بيننا حكما فيما اختلفنا فيه من فائقته إلى خاتمته نحى ما أحيا ونميت ما أمات على ذلك تقاضينا . وأن عليا وشيعته رضوا أن يبعثوا عبد الله بن قيس ناظرا ومحكما ورضى معاوية وشيعته أن يبعثوا عمرو بن العاص ناظرا ومحكما على أنهم اخذوا عليهما عهد الله وميثاقه واعظم ما اخذ على احد من خلقه ليتخذان الكتاب اماما فيما بعثا له لا يعدوان إلى غيره في الحكم بما وجدا فيه مسطورا وما لم يجدها مسمى في الكتاب رداه إلى سنة رسول الله الجامعة لا يتعمدان لها خلافا ولا يتبعان في ذلك لهما هوى ولا يدخلان في شبهة . وأخذ عبد الله بن قيس وعمرو بن العاص على علي ومعاوية عهد الله وميثاقه بالرضا بما حكما من كتاب الله وسنة نبيه ليس لهما أن ينقضا ذلك تخالفا إلى غيره ، وانهما آمانان في حكومتها على دعائهما وأموالهما واهليهما ما لم يعدوا الحق رضى بذلك راض أم انكر وان الأمة انصار لهما على ما قضيا به من العدل ... » .

ويلاحظ على هذا العهد الذى يقابل مانسميه اليوم بمشارطة التحكيم أنه جعل مرجع الحكيمين كتاب الله وسنة رسوله ولم يسمح لهما باجتهد خاص .

هل الأمان معاهدة ؟

لقد اثار هذا السؤال فى نفسى ملاحظته من أن الكتابات التى تناولت دراسة المعاهدة فى الشريعة الإسلامية تفرد للأمان بحثا يكاد يغطي كل ماتقدمه تلك الكتابات من عرض تحت عنوان المعاهدة بحيث أننا إذا استبعدنا ماتذكرة عن أحكام الامان لفرغت الدراسة من جل الاحكام فلا يبقى للباحث ما يقرأه تحت العنوان . وكانت تلك مشكلتى إذ أنى اسقطت أحكام الامان من نظرية المعاهدة فى الشريعة الإسلامية فاذا بنى أمام بحث بلا مراجع وعنوان بلا مصادر . والامان هو ضمان الامن الحرى ، وهو ضمان يحول الحماية اثناء

إقامته في دار الإسلام ، إذ يصبح الحرى بهذا الامان مستأمناً . وشرط الامان عدم الضرر على المسلمين فيه والا تزيد مدته — اى الامان — على عشر سنين . على خلاف في رأى (منصور بن يونس بن ادريس البهوتى — شرح منتهى الارادات ج ٢ والمؤلف توفى بالقاهرة سنة ١٠٥١ هـ اما الكتاب فطبعة القاهرة ١٩٤٧ . ص ١٢٢ ، ١٢٣) والفقهاء المؤلف حنبلى ولذلك اجاز امتداد الامان لعشر سنوات وأما المذاهب الاخرى فترى أن الامان لا يصح أن يتجاوز عاماً واحداً لان الحرى يصير بعد ذلك ذمياً عليه أن يدفع الجزية . « ولاهل العهد إذا دخلوا دار السلام الامان على نفوسهم وأموالهم ولهم أن يقيموا فيها أربعة أشهر بغير جزية ، ولا يقيمون سنة إلا بجزية ، وفيما بين الزميين خلاف » (نقلاً عن أبى الحسن على بن محمد بن حبيب المارودى — الاحكام السلطانية — القاهرة ١٩٦٠ ، ص ١٤٦) . ويصح الامان منجزاً كقولك أنت آمن ويصح معلقاً لقوله ﷺ يوم فتح مكة « من دخل دار ابنى سفيان فهو آمن » ويصح الامان من الامام ولجميع المشركين لعموم ولايته ، ويصح من امير لاهل بلدة جعل بازائهم لعموم ولايته في قتالهم ويصح من كل احد لقافلة وحصن صغيرين عرفا ، واختار ابن البنا مائة فأقل . فان كان لاهل بلد أورستان (اى موضع فيه قرى او بيوت مجتمعة) أو جمع كبير لم يصبح من غير الامام أو نائبه بازائهم لانه يفضى إلى تعطيل الجهاد والافتئات عليه . والرأى عندى — الذى اختلف فيه كثيراً — ممن تناولوا الأمان بالدراسة — أن الامان ليس معاهدة بل وليس عقداً وإنما هو تصرف من تصرفات الارادة المنفردة ، ذلك أن الامان يتم بأية كلمة او إشارة تدل عليه . فهو يصح بالقول كسلام أو انت آمن او بعضك آمن وقوله لا بأس عليك وأجرتك . ويصح الامان بالإشارة التي تدل عليه كإمرارة يده عليه كلها أو بعضها او بإشارة بسبابته إلى السماء مع امكان نطقه لقول عمر « لو أن أحداً أشار باصبعه إلى السماء إلى مشرك فنزل اليه فقتله لقتلته » ويصح برسالة أو كتابة .

ان الأمان عهد قد يكون خاصاً يصدر عن افراد المسلمين ليؤمن الحرى على

حماية ماله لفترة معلومة ، ومن ثم فهو ليس بمعاهدة . ليس فقط لان ما يصدر عن فرد هو المؤمن لصالح فرد هو المستأمن هو تصرف غير دولي ، وهو كذلك لانه تصرف من جانب واحد unilateral هو مانح الامان ، في حين أن المعاهدة تصرف ثنائي bilateral . ولذلك نقيت عن الامان مسمى المعاهدة حتى ولو كان الامام أو نائبه هو مانح الأمان مادام أن المستفيد شخص ولذا فإن قد اعفيت البحث هنا من تفصيل في أحكام الأمان . حقيقى أن البعض يذهب إلى أن الامان عقد ولكن الصحيح في نظرى أن طلب الحرية للامان لا يعتبر انجابا في عقد وإنما هو استدعاء لصاحب الحق الذى له ان يمنحه أو يرفضه ، ذلك أن عرض الحرية لا يتجه إلى احداث الآثار القانونية المترتبة على الامان لان ارادته لا تملك احداث هذه الآثار ، ولعل الذين وصفوا الامان بأنه عقد متأثرون بهوية القداسى في تكييف كافة علاقات القانون العام على انها عقود . إن ما يميز به الامان — إذا كان المؤمن فردا — ليس هو الصيغة الدولية للتصرف وإنما هو انه تصرف من تصرفات القانون العام . فكأن الفرد المسلم يملك احيانا ممارسة بعض السلطات العامة بتفويض من الاحكام الشرعية مباشرة وليس لانه يتولى سلطة عامة ، والامان صورة تضرب للتدليل على هذه الفكرة . وبد هي كذلك — وللاسباب ذاتها — أن انتهى إلى ان الامان ليس عقدا وأقصد بالعقد هنا العقد بمعناه الخاص لان للعقد عند الفقهاء معنى اعم إذا يطلق على الالتزام مطلقا سواء كان من طرفين أم من طرف واحد . (انظر محمد مصطفى شلى — المدخل في التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ، القاهرة ١٩٦٢ ص ٣٦٧) .

وتفصيل تلك الملاحظة يدخل في دراسات القانون العام ولذا فاني اجتزىء فيها بالتلميح دون التوضيح ولى عودة إلى الامان عند الكلام عن حقوق الفرد في النظرية الإسلامية . أما إذا اتخذ الامان صورة وفاق بين دولتين — دولة الإسلام ودولة العهد فإنه يصبح بذلك معاهدة ، بيد أنه لا يتميز في هذه الحالة عن أية معاهدة أخرى ويخضع للأحكام العامة التى تقررها النظرية الإسلامية في المعاهدات .

اننى اخلص مما قدمت إلى أن العهد أو المعاهدة في النظرية الإسلامية يتميز عن العقد من حيث اطرافها فهم اشخاص القانون الدولى ومن حيث موضوعها فهى علاقة من العلاقات الدولية ذات الاثر الجوهري على الجماعة الدولية .

تعليق :

إن ماقدمته من صور للمعاهدات الإسلامية لم أقصد من ورائه أن أقدم تصنيفا يذكر تلك الصور على سبيل الحصر إذ ليس هناك من مانع أن تقسم المعاهدات في الإسلام على اساس آخر فنقول إن المعاهدات قد تكون تجارية لتنظيم المبادلات التجارية الخارجية وقد تكون سياسية لأنها تعالج شئوننا سياسية، وهكذا . ذلك أنه لا مانع شرعا من عقد معاهدات لأى غرض من أغراض التعاهد الدولى بغية اقرار العلاقات السلمية وتثبيت دعائم السلام بين الدولة وتبادل المنافع درءاً لاحتمالات العدوان .

والنظرية الإسلامية لا بد أنها تتقبل كافة صور المعاهدات مادام أنها لا تحل حراما ولا تحرم حلالا .

طبيعة المعاهدات :

من الفقهاء الدوليين من يكيف المعاهدة على أنها عقد كأى عقد ومنهم من ينكر ذلك ويرى فيها صورة من صور التشريع الدولى ومنهم من ينهج نهجا وسطا فيرى أن من المعاهدات ماهر عقد ومنها ماهر تشريع . فما هى طبيعة المعاهدة اذن في النظرية الإسلامية ، أهى عقد أم تشريع أم هى بين هذا وذاك ؟

يبدو لى أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد استهوتهم فكرة العقد فاعتبروا كافة العلاقات العامة التى تربط الحاكم والمحكوم عقودا . فالببيعة—على رأى — عقد وأحكام الذمين عقد، وهكذا . وتبعاً فان فكرة العقد تلعب في النظرية الإسلامية دورا أهم من الدور الذى تلعبه في الدراسات القانونية المعاصرة . ولذا فأننى عندما اطرح تساؤلى عما إذا كانت المعاهدات جميعها تعتبر تشريعا

أم أنها أو بعضها عقد فائما اطرح هذا التساؤل بمفهوم الفقه الزمنى للعاصر عن العقد وهو « ارتباط ايجاب وقبول على وجه مشروع يثبت اثره في المعقود عليه وهذا الاثر هو خروج المعقود عليه عن حالته الاولى إلى حالة جديدة » (صبحى الصالح — النظم الاسلامية ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ص ٢٣٨) .

لا جدل في أن علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول قد تقتضى إبرام اتفاقيات دولية هي في الحقيقة عقود وليست معاهدات ، فلو أن الدولة الإسلامية أبرمت مع دولة أخرى — اسلامية أو غير اسلامية — اتفاقا لشراء بعض المنتجات الزراعية مثلا فان هذا الاتفاق هو عقد دولى وليس معاهدة . ذلك أن الاتفاق لا يكون معاهدة الا إذا تضمن احكاما نمطية تنظم علاقة قانونية ، وفي قول آخر فان المعاهدة صورة من صور التشريع ولكنها صورة دولية أو دليل من أدلة القانون الدولى . وتبرم الدولة هذه المعاهدة بما لها من ارادة شارعة فقد سبق أن قلت إن للدولة ارادة شارعة ثانوية تستطيع بمقتضاها أن تشرع في الفروع أى حيث المجال المفتوح للاجتihad . ولذا فان المعاهدة — من هذه الناحية — تعد اجتihadاً ينطبق عليه حكم الاجتihad ولكنه اجتihad سلطائى إذ تعتمد على سطوة الحاكم فى اضعاء القوة الملزمة عليها وتستند إلى ارادة ولى الامر فى جعلها تشريعا تلتزم به الدولة . أما إذا أبرم اتفاق حول احكام فى الاصول — حيث لا تملك الدولة أن تجتهد — فان الصورة التشريعية للمعاهدة هنا تستمد من الارادة الالهية الشارعة ويكون دور الدولة فيها دور المقرر . ومن ثم فان الاتفاق هنا لا يعتبر معاهدة بالمعنى الفنى للتعبير لان الالتزام بما جاء فيه من أحكام لا يستند إلى المعاهدة ولا يستمد منها بل إننا فى غنى كلية عن المعاهدة لتقرير القوة الملزمة لتلك الأحكام ، وهكذا فان هذه الوثيقة تعتبر معاهدة من الناحية الشكلية فحسب .

ولذا فان الدور التشريعى الذى تقوم به المعاهدة فى النظرية الإسلامية يختلف عن الدور التشريعى الذى تقوم به المعاهدة فى القانون الدولى الحديث . ذلك ان الارادة الشارعة الاصلية فى النظرية الإسلامية هي الله تعالى أما الارادة

الشارعة التي تملكها الدولة فهي ارادة شارعة ثانوية لان ماتبرم من معاهدات هو اجتهاد لاستنباط أحكام الارادة الإلهية الشارعة وليست تعبيراً مباشراً عن تلك الارادة السماوية . ويمكن ترتيباً على هذا أن أقول إن المعاهدات في النظرية الإسلامية تنقسم — من حيث طبيعة المعاهدة — إلى قسمين رئيسين :

١ — المعاهدات التي أبرمها الرسول ﷺ ، وهذه معاهدات شارعة تؤدي دوراً تشريعياً بالمعنى الدقيق لتعبير التشريع من حيث أنها مثبتة للارادة الإسلامية الشارعة . ولما كانت معاهدات الرسول شريعة للمسلمين فإن ما يرميه الرسول يعتبر — شفاهة كان أم كتابة — هو معاهدة استثناء من التعريف العام للمعاهدات لأنها بصورتها تعبير عن ارادة شارعة عليا — ويمكن أن اضيف إلى هذه المجموعة المعاهدات التي يبرمها الامام عند الشيعة . ذلك ان الامام الشيعي — الذي يجب أن يكون من ذرية الحسن أو الحسين أى من سلالة الرسول عن طريق ابنته فاطمة — على علم بالجانب الخفي (التأويل) من الدين الذي كشف عنه النبي لأقرب اصحابه على بن أبى طالب حيث أن اتباعه لم يكونوا قادرين على فهمه . وإذا أن الامام يرث هذا السر عن اسلافه فانه يملك القدرة على اعطاء تفسير نهائى وملزم لكل من القرآن والحديث وهو يعتمد في ذلك على تأييد من الله وتبعاً فهو معصوم ولو أن تصرفاته قد تبدو للعامة أحياناً على غير الصواب لان هؤلاء العامة يجهلون البواطن العليا لتصرفاته .

٢ — المعاهدات التي يبرمها ولى الامر وتحوى أحكاماً شرعية استنبطها من ابرمها اجتهاداً من الأصولين — القرآن والسنة — ولذلك فهي مصادر تشريعية استدلالية ينطبق عليها ما ينطبق على الاجتهاد من احكام ... وإذا كان لى أن استخدم تعبيراً حديثاً هنا فان المعاهدات التي من هذا القبيل تقوم بدور التفسير التشريعي . والفرق بين الصنفين السالفين من المعاهدات هو أن الاحكام التي تتضمنها معاهدات الصنف الاول تعتبر — فيما جاءت به من قواعد نمطية — أحكاماً أمرة . يجب أن يتقيد بها ولى الامر فيما يبرمه من معاهدات الصنف

الثاني وما يكون مخالفاً أو معارضاً لاحكام الصنف الاول يكون باطلا . وأحب ان اوضح قولي هذا فاني اقصر الحجة على ماتضمنته أحكام الصنف الاول من احكام تمطية فحسب ، فالمدة التي امتدت اليها هدنة الحديبية مثلاً لاتدخل ضمن الاحكام التمطية للمعاهدة ولذا فانها لاتعتبر — كما أوضح فيما بعد — ضمن القواعد التي يجب الالتزام بها عند ابرام المعاهدات .

وهنا نلاحظ farkا واضحاً بين النظرية الإسلامية والدراسات الوضعية ، ذلك أن من فقهاء القانون الدولي المعاصر من ينكر وجود قواعد دولية آمرة . في حين أن هذا الانكار لا مجال له — كما بان لنا — في النظرية الإسلامية لان القواعد التمطية في معاهدات الرسول ﷺ هي سنة مكتوبة أو هي حديث مكتوب وهذه فئة لم ينته اليها علماء الاصول عند تقسيمهم للسنة ، فهي سنة كتابية ولذا أضيفها إلى الأقسام التقليدية للسنة كفئة رابعة .

وقد أشارت اتفاقية فينا للمعاهدات سنة ١٩٦٩ إلى القواعد الآمرة بقولها « تعتبر باطلة كل معاهدة تكون وقت ابرامها متعارضة مع حكم أمر من أحكام القانون الدولي العام . ويعتبر لاغراض هذا الاتفاق أن حكم القانون الدولي أمر إذا قبلته وأقرته الجماعة الدولية للدول في مجموعها بوصفه حكماً لا يجوز الاخلال به ولا يمكن تعديله إلا بحكم جديد من أحكام القانون الدولي له الصفة ذاتها » . والمادة واضحة في أن الارادة الدولية الشارعة هي التي تضيف الصفة الآمرة على القاعدة وتجعلها من النظام العام في حين أن الارادة الالهية — في النظرية الإسلامية — هي التي تضيف تلك الصفة على القاعدة العامة وذلك fark طبيعي من حيث أن المصدر الخلاق للقاعدة القانونية في النظرية الإسلامية هي الارادة الالهية .

الاختصاص بابرام المعاهدات :

يقول القلقشندي — بالنسبة لمن له حق ابرام المعاهدة : « ويختلف الحال فيه باختلاف المعقود عليه : فإن كان المعقود عليه اقليماً كالحند والروم ونحوهما ، أو مهادنة الكفار مطلقاً ، فلا يصح العقد فيه إلا من الامام الاعظم

أو من نائبه العام المفوض اليه التحدث في جميع امور المملكة ، وإن كان على بعض القرى والاطراف ، فلأحاد الولاة المجاورين لهم عقد الصلح معهم » (ابو العباس احمد بن علي القلقشندي — صبح الاعشى في صناعة الانشا (مجموعة تراثنا) ، القاهرة ، ج ١٤ ، ص ٧) .

وإذن فالذى له حق التعامل باسم جماعة المسلمين هو الخليفة أو الامام بوصفه ولى الامر وهو فى هذا التصور إنما يتعامل بوصفه اللسان الناطق باسم الجماعة لا بوصفه فردا ، وقد خوله عقد البيعة هذا الحق وأضفى عليه ذلك الاختصاص . لقد عرفت النظرية الإسلامية قاعدة اصولية هى أن وحدة الامة تقتضى وحدة قيادتها أو فى قول آخر فان الزعامة السياسية يجب أن تواكب الزعامة الدينية . وكان هذا هو مفهوم الى بكر عندما شن حرب الردة . وإذا كانت هذه القاعدة قد فهمت فى بدايات الاسلام على أن الخلافة أو الامامة الكبرى يجب أن تكون موحدة فان التطور الذى طرأ على الامة الإسلامية اقتضى أن تنقسم تلك الامة الى عدة وحدات سياسية لكل امامها أو رئيسها ولكن ظلت الفكرة الاساسية وهى أن رئيس الدولة هو دليل الدولة وعنوانها . ويقول سبحانه وتعالى « يوم ندعو كل اناس بإمامهم » . وقد اختلف المفسرون فى معنى الآية . وأيا كان التفسير فهو — فى فهمى — لا يتعارض مع ما ذكرت من أن الفرد لا يملك أن يقيم علاقة دولية مع فرد آخر .

ثم ان استقراء التاريخ الاسلامى يبين أن أفراد المسلمين لم يبرم أحدهم مطلقا وثيقة دولية أو معاهدة . وتبعا فان النظرية والواقع العمل كلاهما يشهدان بأن الفرد لا يملك اهلية ابرام المعاهدات الدولية إنما الذى يبرم هذه الوثائق هو الامام — أو نائبه — بما له من عموم الولاية .

والذى نخلص اليه مما سلف هو أن من يملك ابرام المعاهدة هو من يتمتع بالأهلية الشرعية لذلك وأن من يتمتع بتلك الأهلية هى الدولة — أو مايعادها من وحدات سياسية — وينوب عنها فى الاعراب عن تلك الأهلية الامام أو الخليفة . وللخليفة الحق فى أن ينيب غيره عنه فى ابرام المعاهدات .

والنائب يسمى — في لغة الفقه الإسلامى التقليدى — بالوزير ويجب ألا نفهم الوزير هنا في المفهوم المعاصر للوزير وإنما المقصود به الرجل المسئول الذى يتولى اختصاصات عامة لمعاونة رئيس الدولة في مباشرة مهامه . ايا كان مسمى المنصب الذى يتولاه في التعبيرات الحديثة . ولذلك يرى الكثيرون أن الوزير لغة مشتقة من الوزر — أى الثقل أو العبء — لأن الوزير يتحمل اعباء الحكم واتقاله ثم إن اللفظة قرآنية فقد قال سبحانه وتعالى « واجعل لى وزيرا من اهلى ، هارون اخى . أشدد به ازرى واشركه فى امرى » (سورة طه / ٢٩) .

والكلمة هنا تعنى النصير . والكلمة — في مدلولها السياسى والقانونى — مستحدثة في النظرية الإسلامية لأن منصب الوزير لم يستحدث إلا بعد انتصار العباسيين على الامويين فقد دعى ابو سلمة الخلال « وزير ال محمد » . والوزارة في عهد العباسيين على قسمين : (أ) وزارة تنفيذ ، (ب) وزارة تفويض وعند اى يعلى يراعى في وزير التنفيذ ثمانية أوصاف : (أ) الأمانة حتى لا يخون فيما أوثمن عليه ولا يغش فيما قد استنصح فيه . (ب) صدق اللهجة حتى يوثق بخبره فيما يؤديه ويعمل بقوله فيما ينهى عنه (ج) قلة الطمع حتى لا يرتشى فيما يلى ولا يخذع فيتساهل . (ج) أن يسلم فيما بينه وبين الناس من عداوة وشحناء . فان العداوة تصد عن التناصر وتمنع من التعاطف . (هـ) أن يكون ذكورا لما يؤديه إلى الخليفة وعنه ، لأنه شاهد له وعليه . (و) أن يكون زكيا مطيعا حتى لا يدلس عليه فيشد به الأمر عليه ، (ز) ألا يكون من أهل الاهواء فيخرجه الهوى من الحق إلى الباطل . (ح) أن يؤتى الحنكة والتجربة التى تؤدى إلى ضواب مشاركته فى الرأى ، ولذا فان الوصف الاخير لا يتطلب الا إذا كان الوزير وزير تفويض . (راجع ابو يعلى الفراء الحنبلى — الأحكام السلطانية — القاهرة ١٩٣٨ ، ص ١٥) .

ووزير التنفيذ هو همزة الوصل بين الرعية والامام يؤدي عنه فامر ويمضى ماحكم (صبحى الصالح — المرجع السابق ، ص ٣٠١) . أى أنه يعين فى تنفيذ الأمور ولكنه لا يتولاها ولا يتقلدها . فهو سفير الامام ولذا يكفى كى يتولى وزير التنفيذ مهامه أن يأذن له الامام فى ذلك لا أن يقلدوه اياها فلا يشترط فىمن يتولى وزارة تنفيذ أن يكون حرا أو عالما ، بل إن وزير التنفيذ يملك أن يكون من أهل الذمة . وهو مقصور النظر على امرين :

١ — أن يؤدي إلى الخليفة .

٢ — أن يؤدي عن الخليفة .

أما وزارة التفويض فهو أن يستوزر الامام من يفوض اليه تدبير الأمور برايه وامضاءها على اجتهاده . ذلك أن ماولى إلى الامام من تدبير الأمة لا يقدر على مباشرته جميعه الا بالاستجابة . ولذا يعتبر فى تقليد هذه الوزارة شرط الامامة — عدا النسب القرشى — ولكن يحتاج فيها إلى شرط زائد على شروط الامامة وهو أن يكون من أهل الكفاية فيما وكل اليه خبرة ومعرفة بتفصيله فانه مباشر له تارة ومستنيب فيه اخرى . ولذا فلا يجوز أن يعين الذمى وزير تفويض .

يبد أن وزارة التفويض تفرق عن الامامة من وجهين : احدهما يختص بالوزير وهو مطالعة الوزير لما امضاه وأنفذه من ولاية وتقليد ، والثانى يختص بالامام وهو أن يتصفح أفعال الوزير وتديره الأمور ليقر منها مايراه صوابا ويستدرك مايجافى الصواب . ويجوز للامام أن يفوض وزير التفويض فى كل اختصاصاته عدا ثلاثة أشياء هى :

١ — ولاية العهد ، فهذا اختصاص الامام دون الوزير .

٢ — للامام أن يستعفى الأمة من الامامة وليس ذلك للوزير .

٣ — للامام أن يعزل من قلده الوزير وليس ذلك للوزير .

يبين مما سبق أن للامام أن يستعين — فى ممارسته لاختصاصاته — بمن يشاء — من تتوافر فيهم الأوصاف التى تحددها النظرية الإسلامية — سواء كان

ذلك في الشئون التنفيذية أم في المسئوليات الرئيسة . ومن ثم فان للخليفة — في حدود ما قدمت من شروط — أن يستتيب من يرى لابرام المعاهدات فان كان وزير تنفيذ أى ذا اختصاص تنفيذى يقوم هذا المسئول بتوقيع المعاهدة بالحروف الأولى initalling, parapher ولا يجوز له أن يوقع المعاهدة توقيعاً كاملاً . أما إذا كان وزير تفويض ، أى مفوض باختصاصات الامام كلها أو بعضها جاز له أن يتفاوض في حدود اختصاصه وأن يوقع المعاهدة توقيعاً كاملاً . وقد يكون توقيع المفوض بالحروف الاولى فحسب إذا انتقصت سلطات المفوض وغالباً ما يحصل هذا التوقيع عندما تكون سلطات المفاوضات أضيق من أن يقر المعاهدة أو عندما يحس بأنه في حاجة إلى مراجعة حكومته . كذلك قد يوقع المفاوضات توقيعاً يطلق عليه الفقه الغربى ad referendum ومعناه أن توقيع المفاوضات يعلق في أثره على الرجوع إلى حكومته لاقباره أو رفضه .

ويحق للامام في الحالين أن يتصفح ماوقع عليه وزيره — أما وزير التنفيذ فلأن اختصاصاته تنفيذية وليس له سلطة التدبير فهو إنما ينفذ ماأمره الامام به ويمضى ماحكم به الخليفة ، وأما وزير التفويض فقد سبق أن قلت إن للامام أن يراجع تصرفاته ليقر منها مايراه ويعدل أو يرفض ما يكون في تقديره قد جانب الصواب . وأفضل صورة معاصرة لوزير التفويض في هذا المقام هو وزير الخارجية وممثلو الحضرتين .

والنظرية الإسلامية — في شأن الاختصاص بابرام المعاهدات على النحو الذى أوضحته — لا تختلف عن المفاهيم العادية التى تجعل للدولة حق ابرام المعاهدة وتترك لدستور الدولة ، أو نظامها الأساسى ، تحديد الجهاز الذى يمثلها في ابرام المعاهدة . فاذا لم يتضمن النظام الأساسى للدولة قاعدة فان القانون الدولى يعتبر أن رئيس الدولة هو الذى يملك تمثيل الدولة . وينص وفاق فيينا على أن رئيس الدولة ورئيس الحكومة ووزير الخارجية يمثلون دولتهم في كل التصرفات الخاصة بابرام المعاهدة . ووزير الخارجية — بهذا النص — يعتبر وزير

تفويض ذا سلطات واسعة . أما رؤساء بعثات الحضرتين والمندوبون المعتمدون لدى المؤتمرات الدولية فلهم حق تمثيل دولهم في نطاق ما لهم من اختصاص . وقد حدد الدستور الإسلامى الجهاز المختص بتمثيل الدولة في ابرام المعاهدات في رئيس الدولة — أو ممثله — ولكن رئيس الدولة — اى الامام — ليس مطلق السلطة في ذلك فهناك قيد يرد على تلك السلطة ، ذلك هو الشورى ، قال تعالى « فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم في الأمر » (آل عمران / ١٥٩) وقال عز من قائل « وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون » (الشورى / ٢٨) . فأمر بالشورى حتى ولو ارتكب اهلها ما يستدعى العفو والمغفرة .

لقد نزل قوله تعالى « وأمرهم شورى بينهم » في مكة — اى قبل قيام الدولة الإسلامية — فدللت بذلك على أن الشورى في الاسلام ليست مبدأ قاصرا على الدولة وشئون الحكم فيها وإنما هى سمة عامة للجماعة الإسلامية تمكن لافراز أشكال معينة من النظم وأوضاع متميزة في الحياة البشرية ، وعلى هذا يقوم النظام الإسلامى وتحقق المبادئ الإسلامية الكلية خير تحقيق .

فلما نزل قوله عز وجل « وشاورهم في الأمر » أقر الإسلام مبدأ الشورى في نظام الحكم وجعله ركيزة من ركائزه حتى ولو كان الرسول ﷺ هو الذى يتولاه . وهذه الناحية من الشورى هى التى تستهمنى هنا . بيد أن الإسلام وإن جعل من الشورى مبدأ من مبادئه الأساسية إلا أنه ترك للأمة أن تحدد شكل الشورى والرسالة التى تتحقق بها لأن هذه الأمور قابلة للتحويل والتطوير وفق أوضاع الأمة وملابسات حياتها . وتبدو أهمية الشورى كأساس يقوم عليه النظام الإسلامى — حتى أن البعض يطلق على نظام الحكم في الإسلام حكومة الشورى — في أن النص عليه جاء عقب وقوع نتائج للشورى بدت في ظاهرها صورة خطيرة كادت تهدد وحدة الصف الإسلامى . وتخلص ملابسات نزول الآية الكريمة في أن الرسول قرر في غزوة بدر أن يبقى في المدينة حتى إذا جاءت قريش إلى أزقتها وطرفاتها انتصف المسلمون منهم . وقد رأى ذلك رأى شيوخ المدينة ، ولكن شبابها ، وخصوصا الذين لم يحضروا بدرا

رأوا غيره وكانوا الكثرة فتزل عند رأيهم ، وإن كان رأيهم غيره ، لانه يسير على نظام الشورى ويرى الأمة عليه ، ويتبدى وهو يفرض الخطأ فى رأيه ، ولا يفرض الصواب دائما ، وأن الفرق بين الحاكم المستبد ، والحاكم الحر الذى يفرض الأمر شورى ، هو أن النبى ﷺ فى تدبير شئون السياسة ، وفى تنظيم الأمور الخاضعة للمبادئ المقررة الثابتة غير النازلة بوحى من السماء كان يعمل الاستشارة دائما لا على أنها تبرع يتبرع به ، بل على أنها واجب عليه بصفته حاكما ، وقد روى عنه ﷺ أنه قال (ماخاب من استخار ، ولا ندم من استشار) .. وأن الشورى فوق أنها تعريف للصواب فى تربية الأمة على الإدراك الصحيح فى عامة الأمر ، وهى التى تتفق مع النظام الحربى السليم .. ولما جاء بعد وفاته عليه السلام الراشدون من أصحابه اقاموا دعائم الشورى .. » (نقلا عن محمد ابو زهرة — المجتمع الإسلامى فى ظل الإسلام — بيروت ، ١٩٧٠ ، ص ١٥٥ — ١٥٧) .

وإذن فالخليفة مقيّد فى أعماله كلها بالشورى من حيث هى أساس الحكم ولكن طريقة ممارسة هذه الشورى متروكة لظروفها وأحوال الأمة الإسلامية وأوضاعها . والنظرية الإسلامية لا تختلف فى هذا الخصوص — من حيث الفكرة العامة — عن النظرية المعاصرة . وقد يسأل عن وقت اجراء الشورى أهو سابق أم لاحق على ابرام المعاهدة . والرأى عندى أنه لا يهم إذا سبقت الشورى ابرام المعاهدة أم لحقتها ولكن الذى يهم هو أن تسبق الشورى جعل المعاهدة نصا ملزما للدولة الإسلامية ، وأن تكون النصوص الملزمة هى التى جرت الشورى بشأنها . لأن مهمة الشورى هى تقليب اوجه الرأى واختيار اتجاه من الاتجاهات المعروضة ، فاذا انتهى الأمر إلى هذا الحد انتهى وقت الشورى وجاء دور التنفيذ لقوله تعالى « فاذا عزمتم فتوكل على الله إن الله يحب المتوكلين » (آل عمران / ١٥٩) . وعلى هدى من هذه الحقيقة لا أرى غضاضة — من وجهة النظر الإسلامية مع بعض التحفظ — على حكم الدستور المصرى الذى يصنف المعاهدات فى فئتين :

١ — فئة اكتفى فيها بإبرام رئيس الجمهورية ، وهى تضم كافة المعاهدات عدا الاستثناء الذى ورد على سبيل الحصر فى الفئة الثانية وليس للمجلس التشريعى دور فى اضاء الصفة الملزمة دوليا على تلك المعاهدات لأن كل مايتطلبه الدستور هو أن يبلغها رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من بيان من حيث أن هذه الفئة دون خطورة الفئة الأخرى .

٢ — فئة يتطلب فيها الدستور موافقة مجلس الشعب إلى جانب إبرامها من قبل رئيس الجمهورية ، وهى معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحه وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل اراضى الدولة أو التى تتعلق بحقوق السيادة ، أو التى تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة فى الميزانية . ولعل الملاحظة الجوهرية التى يجب ألا تغيب عن البال عند تطبيق هذا النص الدستورى هو مراعاة أن تكون الشورى ، هى التى تجرى عادة فى رماننا هذا بالنسبة للفئة الأولى من المعاهدات مع وزارة الخارجية أو غيرها من أجهزة الدولة المتخصصة . إن الكلام عمن له حق إبرام المعاهدات فى النظرية الإسلامية يجزنا — كما يجزنا الكلام فى النظرية المعاصرة — إلى بحث فروض أخرى غير الدولة . فالفقهاء المحدثون يتكلمون عن حكومة المنفى وحكومة الشوار ومدى ما لهم من أهلية فى إبرام المعاهدات .

إن النظرية الإسلامية التقليدية لاتعرف افكارا مثل مدرك حكومة المنفى أو حكومة الثورة لأن هذه المدركات تقوم على فلسفة تختلف عن فلسفة النظرية الإسلامية فهى تفترض أن هناك وحدات سياسية تتمتع بالاستقلال والسيادة والمساواة وأن للشعوب المغلوبة على امرها حق تقرير المصير فى حين أن النظرية الإسلامية التقليدية تقوم على وحدة الدولة الإسلامية وعلاقة الحرب أو العهد والصلح مع دار المحاربين وأهل الكتاب . ولذا فإن تصور النظرية الإسلامية للوحدات السياسية المقاربة للدولة يختلف عن تصور النظرية المعاصرة لتلك الوحدات ومع ذلك فإن ما يحكم أهل الردة وأهل البغى والمحاربين من احكام عامة يمكن أن يصلح أساسا لاستنباط الاحكام الخاصة بحكومة المنفى وحكومة الثورة .

يسمى الفقهاء المسلمون قتال أهل الردة وأهل البغي والمحاربين مخزوب المصالح .

ان استعراض الحالات الثلاث السالفة يوضح أن الحالة الثالثة خارجة عن نطاق هذه الدراسة وتنفرد الحالتان الأوليتان وهما أهل الردة وأهل البغي . والذي يهنا في هاتين الحالتين هو فرض خروج هؤلاء على الأمة الإسلامية وامتناعها عليه . وفي هذا الفرض تصبح كل من هاتين الفئتين تنظيمًا سياسيًا له ذاتيته ولذا فانه يملك من الأهلية ما يدخل في نطاق نشاطه الدولي ولرئيس كل فئة عندئذ أهلية إبرام المعاهدات في نطاق هذا النشاط — حتى يمكن التفاهم مع هذه الفئة وتنظيم العلاقة معها سواء بالعودة إلى بيضة المسلمين أم بغير ذلك من الأوضاع التي تنقرر على أساس السياسة الدولية الإسلامية حيالها . وهكذا تضاف هذه الوحدات إلى الدول في مجال الكلام عن له أهلية إبرام المعاهدات في النظرية الإسلامية . وهذه النتيجة قد لا يتفق معي فيها كثير من الكتاب .

وللشورى التي تجري بالنسبة للفئة الثانية من المعاهدات — أى التي تحتاج لموافقة أعضاء المجلس التشريعي — يجب أن تجري مع من تتوافر فيهم شروط من هو المقصود في الشورى . وقد ضرب الرسول ﷺ المثل الأعلى في احترام الشورى ، وكان البعض يسمي أبا بكر « وزير النبي محمد » . وكان عمر أول من نظم الشورى فكان له شوران الشورى الخاصة التي تضم كبار الصحابة من أمثال علي بن أبي طالب وعثمان بن عفان ، والشورى العامة وهي التي يحتاج فيها إلى تقرير مبدأ أو يكون الأمر فيها خطيرا ومن هذا النوع تقسيم الأراضي المفتوحة بين الفاتحين . (راجع محمد أبو زهرة — المجتمع الإنساني ، المرجع السابق ، ١٦١ ، ١٦٢) .

١٦٢ .

وأهل الشورى — أو أهل الحل والعقد منهم الذين سباهم الموردي بأهل الاختيار ، وتعتبر فيهم شروط ثلاثة : أحدها العدالة الجامعة لشروطها ، والعدالة — وهي عدم الميل مع أهوى والكيل للجميع بكيل واحد — ذات

شعبتين ابتداءً الشعبية الأولى . هي العدالة النفسية بأن يحب الإنسان لأخيه مايجبه لنفسه ، والثانية هي العدالة التي تنظمها الدولة فلا يفرض الحاكم على الناس إلا مايفرضه على نفسه واسرته أولاً . وتندرج تحت هذه الشعبية الثانية أقسام ثلاثة هي العدالة القانونية والعدالة الاجتماعية والعدالة الدولية ، والشرط الجوهري كي يكون الفرد عادلاً هو ألا يكون عليه مأخذ من أية ناحية . والثاني العلم الذي يتوصل به إلى معرفة جوانب الصواب ونواحي السلامة . والثالث الرأي والحكمة المؤديان إلى حسن الاختيار وتدير المصالح . (الماوردي — المرجع السابق ، ص ٦) .

كذلك يجوز للقائد في الميدان أن يمثل الأمة — أو الدولة — في ابرام المعاهدات الخاصة بالحرب . ولتأكيد ذلك أذكر مثلاً عهد خالد بن الوليد إلى جماعة بن سرارة وآخرين من الربرة وفيه يؤمنهم ويقاضهم على الصفراء والبيضاء ونصف السبي والملقة والكراع وحائط من كل قرية ومزرعة على أن يسلموا . صحيح أن هذا عهد من خالد وليس معاهدة لها طرف آخر ولكن اختص خالد بإصدار هذا العهد يعنى — من باب اولى — أن القائد يملك أن يجعل هذا العهد في معاهدة فلا يكون التزاماً بارادة منفردة وإنما يصبح الالتزام ثنائياً . وخالد في ذلك في حكم وزير التفويض وله اختصاصه .

ومن التطبيقات المبكرة لفكرة التزام الامام بالشورى في ابرام المعاهدات اشهاد أولى الأمر على المعاهدات مع توقيع الامام على المعاهدة . ذلك أن الاشهاد هو البديل — في النظم البدائية التي لاتعرف التنظيم الادارى كالدواوين ، والدستورى كالمجلس التشريعى — لما نتصوره اليوم في الاجهزة الحكومية المتخصصة والمجالس التشريعية المنتخبة . وقد استن الرسول ﷺ سنة الاشهاد هذه كي يضرب المثل لخلفائه من بعده وللأمة على عدم الاستبداد بعقد المعاهدات دون اشراك أهل الحل والعقد من المتخصصين وذوى العقول . ولذا نجد أن كافة المعاهدات التي أبرمها الرسول — وأبرمها الخلفاء الراشدون من بعده — تجوي في آخرها اسماء الرجال الذين شهدوها . ويشهدون عليها

بتوقيعهم أو خاتمهم . « ومن المعقول ألا يكون هناك حد معين للشهود بل ذلك يختلف باختلاف الأحوال ، ففي العهد الذى كتبه الرسول عليه السلام للحارث بن كعب وأهل ملته من النصارى كان الشهود عليه واحدا وثلاثين شاهدا منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى وأبو ذر والزيير بن العوام وزيد بن ثابت وعمار بن ياسر وحسان بن ثابت وجعفر بن أبى طالب رضى الله عنهم . أما كتاب النبى عليه السلام لوفد ثماله من عمان فقد كان عليه شاهدان فقط هما سعد بن عبادة ومحمد بن سلمة وفى المعاهدة التى عقدها الرسول لأهل نجران من النصارى كان الشهود خمسة هم أبو سفيان بن حرب وغيلان بن عمرو ومالك بن عوف والأقرع بن حابس الحنظلى والمغيرة بن شعبه . وعندما جدد أبو بكر رضى الله عنه لنصارى نجران عهدهم شهد عليه أربعة : المستورد بن عمرو وراشد بن حذيفة وعمرو مولى أبى بكر الصديق والمغير بن شعبه » .

(نقلا من كتاب « الفقه الإسلامى . نظام الإسلام فى العلاقات الدولية » .
لؤلفيه محمد مصطفى شحاته وأحمد الحضرى وأبو الحمد أحمد موسى وعبد الله محمد عبد النبى وحسن الشاذلى والطيب خضرى ، القاهرة ، سنة ١٩٧٢ ص ١٧١) .

والشهود على المعاهدات لا يقتصرون على الجانب الإسلامى بل يجوز أن يكونوا من سائر أطراف المعاهدة . والطريف أن الاشهاد على المعاهدة أجراء ظل معمولاً به إلى وقت غير بعيد بل إن له بقية فى حالات معاصرة وإن قلت . ومن الأمثلة الحديثة لمعاهدات تحمل توقيع الشهود عليها اسوق اتفاقية الانسحاب الثانى التى أبرمت بين مصر واسرائيل فى ١٨ يناير سنة ١٩٧٤ فقد وقع عليها انزوى سيلاسفو قائد قوات الطوارئ الدولية كشاهده ومشاركة التحكيم الخاصة بقضية طابا فقد وقع عليها المندوب الأمريكى شاهدا .

اخلص من كل ماسبق إلى أن الدول هى التى لها أساسا حق إبرام المعاهدات وأن رئيس الدولة له حق إبرام المعاهدات باسم الدولة ويمكن أن يساعده فى ذلك وزراء التفويض أو وزراء التنفيذ مثل وزير الخارجية وممثلو

الحضرتين ، والنظرية الإسلامية — في هذه الحدود — لاتغاير النظرية المعاصرة . ولكن النظرية الإسلامية تتميز عن النظرية المعاصرة في أنها تتطلب الشورى — كشرط جوهري يعتبر من النظام العام — لامضاء المعاهدة — أى لإبرامها في صورتها النهائية الملزمة القابلة للنفاد ، واستخدم لفظة « امضاء » في هذه الدراسة في معنى انفاذ المعاهدة وليس في معنى توقيعها لان هذا هو اللفظ الغالب على لغة الفقهاء المسلمين وأبقى تعبير « التوقيع » ليعنى مهر الوثيقة باسم أو خاتم من يوقع عليها كدليل على اقرارها .

وإذن فلو أن رئيس الدولة الإسلامية عقد وحده اجتماعا مغلقا مع ممثل الدولة الأخرى وانتهى هذا الاجتماع بامضاء معاهدة ما فإن هذه المعاهدة تعتبر معيبة لان اجراءات ابرامها تفتقر إلى اجراء جوهري هو الشورى . وهذا يدعونا إلى السؤال عن حكم المعاهدة لو أن رئيس الدولة أبرمها دون أن يحترم اجراء الشورى هذا ؟ ذلك ما يجب عليه في موضع تال من هذه الدراسة .

شروط ابرام المعاهدة :

٢ — الشروط الشكلية :

تمر المعاهدة عادة بعدة مراحل قبل أن يتم انفاذها وهى :

(أ) المفاوضة ، وهى مرحلة المباحثات التمهيدية حول موضوع المعاهدة حيث يعرض كل طرف وجهة نظره وما يراه محققا لمصلحته ويتناقش الطرفان إلى أن يصلا إلى نصوص مقبولة لديهما .

(ب) تحرير المعاهدة ، حيث أن شرط الكتابة أصبح شرطا تقليديا تواتر عليه العرف الدولى توخيا لمزيد من الدقة فى اثبات ما جرى عليه اتفاق الطرفين . والمعاهدة — كما قدمت — هى التشريع الدولى ولذا فانها لاتكون الا مكتوبة . أما الوفاقات الشفوية فليست معاهدات بالمعنى الدقيق للتعبير .

(ج) التوقيع ، وهو تسجيل واثبات واشهاد على ماتم الاتفاق عليه .

(د) التصديق على المعاهدة ، وذلك إذا كان توقيع المفاوض غير كاف

لاضفاء المشروعية والنفاذ على المعاهدة لأن المعاهدة التى تحتاج إلى تصديق لا تعتبر ملزمة الا إذا أجرى التصديق عليها . وقد يتم اجراء التصديق معاصرا للتوقيع — كما قد يتأخر عن التوقيع ، وهذه هى الصورة الغالبة بل قد يجرى التصديق دون أن يسبقه توقيع شأن الحال فى وفاقاات منتظم العمل الدولى . وقد زاد انتشار النظم الديمقراطية من التركيز على أهمية التصديق الذى يجب أن تمنحه الاجهزة الداخلية فى الدولة ودعى إلى تأكيد هذا التركيز الصفة التقديرية للتصديق حيث أن اجراءه متروك لتقدير السلطات المحلية بغض النظر عن مدى الاختصاصات التى كانت مخولة للمفوض .

(هـ) تبادل أو ايداع التصديقات . ويجرى تبادل التصديقات عندما تكون المعاهدة ثنائية بأن يسلم كل من الطرفين إلى الآخر وثيقة تصديقه ، أما إيداع التصديقات فيجرى اذا كانت المعاهدة جماعية بأن تودع كل دولة طرف وثيقة تصديقها لدى امانة الايداع وتقوم هذه الأمانة — كلما تسلمت وثيقة تصديق — بتقديم اقرار رسمى بذلك أو عمل محضر رسمى بالايداع وتسلمه للجهة المعنية وتخطر فى الوقت ذاته باقى الدول الأطراف بواقعة الايداع .

ولنا أن نساءل الآن هل تقرر النظرية الإسلامية — أو هل جرى العمل الإسلامى — على اتباع الاجراءات الشكلية السالفة الذكر فى ابرام المعاهدات ؟ للإجابة على هذا التساؤل أرى أن أناقش الاجراءات واحدا بعد الآخر .

(أ) المفاوضة — أو المفاوضة كما يسميها المسلمون عادة ، وفى حديث طلحة : فتفاوضنا . احتى اصطurf منى . أى تجاذبنا فى البيع والشراء . وهو مايجرى بين المتبايعين من الزيادة والنقصان . كأن كل واحد منهما يروض صاحبه رياضة الدابة . ويبدو أن العمل الإسلامى قد جرى على هذا الاجراء منذ فجر الإسلام والمثل المبكر لهذا العمل هى معاهدة الحديبية التى استطلت

المفاوضة التي سبقت إبرامها بين المسلمين وقريش . فقد خرج الرسول ومعه نفر من المهاجرين والانصار ومن لحق بهم من العرب قاصدين الحج . فلما بلغ أمرهم قريشا تشككت في نواياهم وظنت أن المسلمين يعدون لنزالها فأرسلت للرسول بديل بن ورقاء في رجال من خزاعة للتعرف على قوته وصرفه عن دخول مكة فافتنعوا بأنه جاء زائرا للبيت ومعظما لحرماته . ولكن رسل قريش فشلت في أن تقنع قريشا بأن تحل بين الرسول واصحابه وبين البيت العتيق . وكذلك فشل من بعدهم رسول آخر هو الحليس سيد الأحابيش ورسول ثالث هو عروة بن مسعود الثقفي . فلما طالت المحادثات هكذا انتهى النبي ﷺ إلى إرسال ع. بن عفان كي يبلغ عنه أشراف قريش ما جاء له . وقد نجحت وفادة عثمان في اقناع قريش بأن المسلمين جاءوا حاجين معظمين البيت ولكن جاهليتهم وعنجهيتهم أبت عليهم أن يتركوا المسلمين يدخلون مكة حتى لا يتحدث العرب بأن قريشا هزمت أمام المسلمين . واتصل الحديث وعادت المفاوضات بين الفريقين مرة أخرى وأوفدت قريش سهيلاً بن عمرو لمصالحة محمد على أن يكون في الصلح أن يرجع عن قريش عامه هذا وجرت محادثات طويلة كادت أن تنقطع في بعض الأحيان لولا حرص الجانبين على إتمامها بنجاح ثم انتهت بمعاهدة الحديبية .

كذلك من الأمثلة المبكرة للمفاوضات في العهد الذهبي للإسلام المفاوضات التي جرت بين عمرو بن العاص وبين المقوقس خلال الفتح العربي لمصر . والتي تمت مرحلتها الأخيرة بين المقوقس وبين عمارة بن الصامت رسول العرب وانتهت بقبول المقوقس وأصحابه لشروط الصلح .

(ب) تحرير المعاهدة . والملاحظ أن المعاهدات كانت مختصرة العبارة في بدء الاسلام وهذا أمر طبيعي لان موضوع المعاهدة كان محدودا فهو قد يكون مصالحة على جزية أو عهد بالذمة أو مهادنة أو ما إلى ذلك من موضوعات محدودة محددة . ومن هنا لم تقم الحاجة إلى صياغة مطولة أو نصوص مفصلة وكانت تبدأ عادة بالبسملة . واقول عادة لأن بعض المعاهدات - مثل معاهدة

الحديبية — بدأت بعارة « باسمك اللهم » وبعضها لم تتضمن هذه العارة أو غيرها فى ديباجتها .

يبد أن هذا الایجاز فى العارة لم يؤد إلى غموض فى اللفظ بل على العكس كانت المعاهدات واضحة النص محددة اللفظ والاهداف قطعاً للتنازع فى المستقبل وطوعية للامر الكريم « يأياها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب ولملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يخس منه شيئاً » (سورة البقرة / ٢٨٢) .

لقد دلت الآية الكريمة على أن الكتابة مبدأ من مبادئ المعاملات فى النظرية الإسلامية وأن هذه الكتابة يجب أن تكون واضحة حتى تقطع — قدر الامكان — دابر اى خلاف حول حقيقة العلاقة بين الطرفين إذا ماثار نزاع بشأن حقوق والتزامات الطرفين. وإذا كانت الآية الكريمة قد نزلت فى خصوص العقود الا أنه يستفاد من مفهوم اشارة النص أن « ذلك أقسط » عند الله وأقوم للشهادة وأدنى الا ترتابوا » (البقرة / ٢٨٢) . ان الكتابة مبدأ عام من مبادئ الاثبات حيث تكون العلاقة بين الطرفين منطقية على حقوق والتزامات . فكما أن العقد يقيم حقوقاً وينشئ التزامات فان تشريع المعاهدة كذلك يقيم حقوقاً وينشئ التزامات والامر فى الحالين يفرض على الكاتب أن يكتب كما علمه الله . ولما كانت الحقوق والتزامات متبادلة بين الطرفين كتشريع فان الطرفين معا لهما حق املاء نص المجاهدة .

ويلتزم الطرفان فى تحرير المعاهدة بمراعاة الدقة والا ينخس أحدهما حق الطرف الآخر « ولملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يخس منه شيئاً » .

وقد بلغ من اهتمام الدولة الإسلامية بتحرير المعاهدة انها انشأت لذلك وظيفة كان صاحبها ذا قدر كبير هى كاتب الرسائل . وقد دعاها إلى ابتداء هذه الوظيفة اتساع شئون الدولة الإسلامية وتعقد الموضوعات التى تبرم المعاهدات فى خصوصها . والحق أن كاتب الرسائل هذا — أو الوزير الاول

بتعبير العصر — كان هو الأمين على امور الدولة وشئونها وهو الذى يحرر الرسائل السياسية الداخلية والخارجية وهو الذى ينشر بين الناس المراسيم والقرارات والبلاغات والتراتب الادارية ، وهو أيضا الذى يختم الوثائق والصكوك بخاتم الخليفة . وازداد اهتمام الخلفاء بالكتاب فى العصر العباسى فقد كان الكتاب تراجمة الخلفاء العباسيين كما كانوا من قبل تراجمة الملوك فى عصر الأكاسرة « كانت ملوك فارس تسمى كتاب الرسائل تراجمة الملوك . وكانوا يقولون لهم : لاتحملنكم الرغبة فى تخفيف الكلام والايجاز فيه على حذف معانيه وترك تربيته وتوهين حكمه » . (نقلا عن صبحى الصالح — المرجع السابق ، ص ٣٠٥) .

وجدير بالذكر أن علائق المسلمين السياسية مع الروم والفرس لم تبدأ الا بعد الحديدية اى بعد انقضاء ست سنوات منذ الهجرة . وليس معنى هذا أن التوقيع على المعاهدة — فى النظرية الإسلامية — لا يكون الا للخليفة فقد سبق أن أوضحت أن ماللخليفة من اختصاص يمكن أن يفوض فيه نائبه أو وزيره ولذا قلت إن وزير التفويض له حق التوقيع الكامل على المعاهدة إذا كان قد فوض فى ذلك ، أما وزير التنفيذ فليس له إلا أن يوقع بالحروف الأولى فحسب . وكثيرا ماتحمل الوثيقة اسم كاتبها ولا بد أنها تحمل توقيعها أو خاتمة كذلك كما أنها تحمل توقيع أو خاتم من يكون شاهدا عليها ، إذا اتجهت النية إلى الاشهاد .

(د) التصديق على المعاهدة ، وهو اجراء لاتعرفه النظرية الاسلامية بمفهومه المعاصر ولكن يقابله امران : الأول — هو حق رئيس الدولة فى النظر فيما أجراه من فوضه لاقراره أو رفضه ، والثانى — هى الشورى .

ومن ثم فإن مايوقع عليه المفاوض لايعتبر نهائيا ملزما الا بعد أن يصدق عليه رئيس الدولة ، كما أن مايفعله رئيس الدولة لايعتبر صحيحا شرعا الا إذا تم بناء على الشورى مع فوضى الأمر فى الدولة .

ويمكن على هدى مما سلف أن أقول إن المعاهدة في النظرية الإسلامية تحتاج في كافة الفروض — أى سواء أبرمها الإمام أم مفوضه — إلى نوع من التصديق . وكل ما هناك أن هذا التصديق قد يكون بإجراء انفرادى — هو الشورى — إذا كان رئيس الدولة هو الذى وقع على المعاهدة . وقد يكون بإجراء مزدوج — هو الشورى وإقرار رئيس الدولة — إذا كان من وقع على المعاهدة هو مفوض رئيس الدولة — ومن السوابق التى يطيب لى أن أسوقها في هذا المقام تبياننا لحاجة المعاهدة إلى المصادقة — عن طريق الشورى — إذا كان رئيس الدولة هو الذى أبرمها — سابقة الوفاق الذى تم بين رسول الله ﷺ وبين غطفان أثناء غزوة الخندق والمسلمون في فزع من الأحزاب ونكث يهود المدينة للعهد . ذلك أن الرسول بعث إلى غطفان يعدها ثلث ثمار المدينة ان هى ارتحلت ولكن هذا الوعد لم يتم إذ اعترضه سعد بن معاذ وسادة المدينة من الأوس والخزرج ومن أصحاب مشورة رسول الله . والقصة أن الرسول أقام — في غزوة الخندق — وأقام المشركون على الخندق قريبا من شهر ولم يكن بينهم في حرب إلا الرمايا بالنبل والحصار . فلما اشتد على الناس البلاء ، بعث الرسول إلى عيينة بن حصن وإلى الحارث بن عوف — وهما قائدَا غطفان — فأعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرحلا بمن معهما عنه وعن أصحابه . فجرى بينه وبينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب . فلما استشار قال له سعد بن معاذ : يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الأوثان ، وهم لا يطعمون أن يأكلوا منا ثمرة الا قرى أو يياعا . أفحين أكرمنا الله بالإسلام واعز بك وبه نعطهم أموالنا ؟ والله لانعطيهم إلا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم . قال رسول الله : فأنت وذلك . فتناول سعد بن معاذ الصحيفة فمحا ما فيها من الكتاب (محمد حميد الله — الوثائق ، المرجع السابق ، ص ٥٥ — ٥٦)

كذلك مما يذكر هنا كتاب خالد إلى أبى بكر عن قوم مجاعة بن سرة يفيد به أن صلح اليمامة على ما وجد من الصفراء والبيضاء على ثلث الكراع وربيع السبى . وجواب أبى بكر يأمره بأن يتم للقوم ماصالحهم عليه ولا يغدر بهم . (حميد الله — المرجع السابق ، ص ٢٩٦ — ٢٩٧) .

صحيح أنني ضربت هنا مثلاً بمعاهدة لم تكن قد وقعت عليها الأَشهاد ولا عزيمة الصلح بعد ، ولكنها كانت على كل حال في مرحلة التفاوض والمراوضة وقد عرض الرسول قبوله للتنازل عن ثلث بلح المدينة لغطفان — وفي هذه المرحلة جرت الشورى فرفض اقتراح الرسول من قبل اهل الشورى المسلمين فنزل الرسول على رأى الجماعة واستقال ماعرض . وهناك رأى يعترض على المثل الذى ضربته بأنه ليس دقيقاً لأننا لسنا أمام معاهدة (جعفر عبد السلام — قواعد العلاقات الدولية في القانون الدولى وفي الشريعة الإسلامية ، القاهرة ، ١٤٠١ هـ ، ١٩٨١ م ، ص ٣٨٩) ولكننى أسلفت بأن عهود الرسول تعد دائماً — وبغض النظر عن شكلها كتابة كانت أم شفاهة — هى من قبيل النموذج لأنها تعبير عن إرادة شارعة عليا هى صانعة الشريعة الإسلامية . ناهيك بأن الاتفاق سجل في وثيقة . وقد سبق أن ذكرت أن الشورى ليس لها وقت محدد سوى أنها يجب أن تتم قبل امضاء المعاهدة . ولعل هذه السمة من سمات الشورى — أى زمن اجرائها — تمثل فارقا بين التصديق في مفهومه العصرى وبين الشورى كاجراء من اجراءات التصديق في النظرية الإسلامية . ولهذا قلت في بدء كلامي إن النظرية الإسلامية لاتعنى التصديق العصرى بمعناه الدقيق . وفي معنى التصديق أذكر قول الشافعى « إذا وأدع الامام قوما مدة أو اخذ الجزية من قوم فكان الذى عقد المودعة والجزية عليهم رجلا أو رجالا منهم لم تلزمهم حتى نعلم أن من بقى منهم قد أقر بذلك ورضيه » . (الشافعى — الام (كتاب الشعب) ، القاهرة ، ج ٤ ، ص ١٠٧) . أى أن الشافعى لم يكتف بتوقيع الموداع بل يتطلب أيضا تصديق القوم للمودعين أو دافعى الجزية .

والتصديق على رأى الغالب في الفقه المعاصر يعتبر اجراء تقديرية بمعنى أن للدولة حرية تقدير اجرائه أو رفضه ، فهل هو كذلك في النظرية الإسلامية ؟ ...

ارى أن التصديق ليس سلطة تقديرية للدولة في النظرية الإسلامية بل إن الدولة الإسلامية عليها أن تقوم بالتصديق ما لم يقيم لديها سبب جدى مقبول يمنعها من ذلك . وتفصيل الرأى عندى أن الشورى قد تسبق أو قد تلى التوقيع فان هى

سبقت التوقيع فلا اشكال هناك ، لكنها إذا تلت التوقيع كانت لازمة الا إذا منع منها مبرر شرعى وأستند فى قولى بالإلزام إلى الآية الكريمة « ياايها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون » (الصف / ٢ ، ٣) . إن التوقيع قول والتصديق فعل ولذا فان التصديق يجب أن يؤكد التوقيع والا كان ممقوتا من قبل الله مالم يمنعه مبرر شرعى .

بيد أننى افضل — منعا للخرج — أن تجرى الشورى قبل التوقيع على المعاهدة . لانه يوفر على الدولة ورئيسها الخرج فى بعض الفروض التى يتم فيها الاتفاق بين رئيس الدولة ورئيس دولة اخرى على امور ثم يأتى الجهاز الذى يملك التصديق — كالجهاز التشريعى مثلا — فيرفض تلك المعاهدة . ولدينا مثل حديث يبين قدر هذا الخرج . ذلك أن رئيس الولايات المتحدة الامريكية ورئيس بناما وقعا فى سبتمبر سنة ١٩٧٧ معاهدة بشأن قناة بناما والمنطقة التى تمر بها ، وكان ذلك تنويجا لمفاوضات استمرت ثلاثة عشر عاما . بيد أن البرلمان الامريكى استقبل هذه المعاهدة بفتور وأوشك أن يرفض التصديق عليها . ولنا أن نتصور مدى ماتصاب به هيئة الولايات المتحدة الامريكية ورئيسها فى الجماعة الدولية لو أن البرلمان أصر على موقفه من هذه المعاهدة .

وقد يكون التصور الإسلامى للتصديق أقل حبكة ولكنه فى نظرى أجدى وقعا مما يسير عليه العمل اليوم فهو أولا لا يعفى ولى الامر من الشورى بالنسبة لأية فئة من المعاهدات بل إنه يتطلب اجراء الشورى فى كافة المعاهدات بلا استثناء وذلك على خلاف القاعدة الغالبة اليوم فى الدول ذات النظم الديمقراطية حيث تنزل لرئيس الدولة عن فئة من المعاهدات لايلتزم حيالها بأخذ رأى المجلس التشريعى . ثم إنها أكثر مرونة لانها لم ترسم للشورى شكلية بل ذاتها يمكن أن يكون الالتزام بها معطلا للاجراءات ومضيعا للمناسبات فضلا على أن الشورى قاعدة الهية آمرة لا بد أن يستشعر رئيس الدولة الإسلامية وهو يضبط سلوكه على هدى منها أن عين العلى القدير ترقبه فلا مناص أمامه من أن يصدق فى طلب النصيحة وأن يخلص فى تحرى الاستشارة والا صدق فيه مايصدق فيمن يحكم بغير ما أنزل الله .

والرأى عندى أن هذه الشورى يمكن أن تنصرف ايضا إلى الحزب المعارض للحكومة طوعية للآية الكريمة « اعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم فى الامر » ، ولا يكون العفو والاستغفار الا لمن وقف موقف المعارضة وارتكب ما يستأهل تلك المنّة ومع ذلك فقد جاء التنزيل الالهى آمرا بمشاورة المعارضة النزيهة التى تستحق العفو ويستحب لها الاستغفار .

كذلك هناك فارق آخر بين الاتجاهين — الإسلامى والمعاصر — ذلك أن حسن النية هو المعيار الذى يجب أن تتحراه الدولة الإسلامية إن هى نزعت إلى رفض التصديق ، فى الحالات التى يجوز لها أن ترفضه .

صحيح أن التصديق المعاصر قد يبدو أكثر اتساقا مع منطق مدرك التصديق لانه لا يكون الا بعد التوقيع فى حين أن تصديق المعاهدة — حسب النظرية الإسلامية — ومتمثلا فى الشورى — يجوز أن يكون قبل أو بعد التوقيع على المعاهدة. الا أن هذه المرونة تسهم فى توطيد التعاون بين السلطين التنفيذيه والتشريعة. ثم إن سبق الشورى على ابرام المعاهدة يمكن أن يضع المفاوض المسلم فى موضع الرؤية الواضحة أثناء مناقشته للطرف الآخر شأنه شأن من فوض بسلطات كاملة لابرام المعاهدة فى حدود مايلقاه من تعليمات .

(هـ) تبادل او ايداع التصديقات . ليس هذا الاجراء بغريب على النظرية الإسلامية فقد امر الرسول عليه السلام أن تكتب نسختان من معاهدة الحديبية وأن يكون بيد كل طرف نسخة منها ، وهذا أقرب ما يكون إلى اجراء تبادل التصديقات المعاصرة لاسيما وأن الذى وقع على هذه المعاهدة من الجانب الإسلامى هو رسول الله وزئيس دولة المدينة وقد شهد معه أعلام هذه الامة وأصحاب الرأى والشورى فيها . فهى من الناحية الإسلامية لم تكن تفتقر إلى التصديق قبل تبادل النسختين .

أما ابداع التصديقات — وهو اجراء خاص بالمعاهدات الجماعية — فليس من الميسور أن نجد له صورة عملية فى التاريخ الإسلامى المبكر — بل ولا فى التاريخ الدولى المبكر — ولا أجدا فيما يرم اليوم حجة او استدلالا على أحكام

النظرية الإسلامية ولذا فاني استبعده من دراسة تلك النظرية بل وأدخله في احكام النظرية المعاصرة ولكنى لا أقول بتنأفره مع المفهوم الإسلامى .

ولعلنى استطيع أن اسوق مثلاً يبين الطريق لنا في فهم العقلية العربية ومدى تقبلها لاجراء ايداع التصديقات ، تلك هى صحيفة قريش على مقاطعة بنى هاشم وبنى عبد المطلب — رهط النبى — فلا يتكلمون اليهم ولا يبيعونهم شيئاً ولا يتناعون منهم . لقد ابرمت هذه الصحيفة بطون قريش المختلفة وقريش تمثل بيطونها نوعاً من النظام الإيسلافى المعاصر (الكونفدرالى) ، ولذا فان هذه الصحيفة تعتبر مثلاً متواضعاً — ولكن له أهميته التاريخية والفقهية — لما نسميه بالمعاهدات الجماعية في زماننا هذا . ولذا كان لابد من ايداع هذه الصحيفة لتعدد اطرافها بحيث يصعب تبادلها . وكانت طريقة الايداع هى تعليق هذه الصحيفة في جوف الكعبة توكيداً لها وتسجيلاً . (راجع محمد حميد الله — الوثائق السياسية للعهد النبوى والخلافة الراشدة ، بيروت ١٩٦٩ ، ص ٢٦ ، ٢٧) . إن هذا يبين أن عقلية العرب في عهد غير بعيد عن الإسلام بل وفي السنوات الأولى للدعوة كانت ترى أن المعاهدة الجماعية إذا ما ابرمت وجب ايداعها ومن ثم فان ايداع التصديقات — الذى يترك العمل المعاصر للدول حرية تحديد كيفية تحقيقه — اجراء مارسه العرب في يقيتهم التى تجهزت لقبول الإسلام . ولذا أقول إنه اجراء تقبله النظرية الإسلامية . وما كان هناك مانع من مباشرته في عهد الرسول والخلافة الراشدة لو أن الظروف دعت اليه . ولا يطعن على قولى هذا أن قريشا الكافرة هى التى قامت بايداع الصحيفة لأن الايداع ليس حكماً من أحكام الدين أو مبدأً شرعياً ولكنه من شئون الدنيا التى يعتبر الناس اصحاب المصلحة اعلم بها من غيرهم والتى استمر العرب بعد اسلامهم على ماكانوا عليه في جاهليتهم بالنسبة لمعظمها مثل تأييد النخل ، وقد يستعار من الاجراء شكله — لا فحواه — عملاً بما قاله الرسول ﷺ في اعتماد أحلاف الجاهلية الحيرة .

اننا إذا ألقينا نظرة على ما قدمت من عرض في شأن الشروط الشكلية لأبرام المعاهدة نجد ان اجرائين من بين هذه الاجراءات يعتبران اجرائين رئيسين أما الأول فهو الكتابة ، وأما الثاني فهو التصديق .

وقد اعتبرت الكتابة شرطا رئيسا لأن المعاهدة لا تكون معاهدة — فيما ذهبت اليه — الا إذا كانت وثيقة مكتوبة فان أبرم الاتفاق شفاهة كان وفاقا دوليا وليس معاهدة ، وتبعا فان مناقشته تخرج عن اطار هذا البحث . ولذا أسلفت القول بأن المعاهدة — من حيث هي وثيقة مكتوبة تتضمن أحكاما شرعية — تقوم بدور التفسير التشريعي لأحكام الشريعة الإسلامية في العلاقات الدولية التي تحكمها النظرية الإسلامية .

أما التصديق فهو — كما ذكرت آنفا — مبدأ اساسي من مبادئ النظرية الإسلامية ولذا فان تغافله يعنى أن شرطا من الشروط الجوهرية لامضاء المعاهدة قد تخلف . ولذا فان من الطل أن اناقش الآن حكم المعاهدة التي يبرمها رئيس الدولة دون أن يستشير في شأنها على النحو الذي ذكرته فيما سبق من دراسة ، مع افتراض أنها لا تتضمن حكما يخالف حكم الله من حيث الموضوع . إن الحكم في تقديرى هو اعتبار المعاهدة التي تبرم على هذا النحو معاهدة فاسدة والفساد في النظرية الإسلامية أقرب مايكون لما نطلق عليه اليوم « قابل للابطال » ، وإن كان لا يمثله تماما .

ذلك أن « الفاسد من العقود والتصرفات ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه وبعبارة أخرى هو ما لم يحصل خلل في ركنه ولا في محله ولكن حصل خلل في أوصافه » . (أحمد ابو الفتوح — كتاب المعاملات ، ج ١ ، القاهرة ١٩٣٢ ، ص ١٩٣) . والتصديق وصف من أوصاف المعاهدة في النظرية الإسلامية . اننى عندما اصف المعاهدة بالفساد لافتقارها إلى التصديق انما أتكلم عن مدى وجوبها على طرفيها والزامها لهما . ومن ثم فاننى لا أتكلم عن صحة أو فساد ماتضمنته من أحكام وافكار . ولا يناقض هذا الرأى ماسبق أن ذكرته بشأن تكييف المعاهدة على أنها دليل من أدلة الاجتهاد تقوم بدور التفسير التشريعي

وتعتمد على تعاهد الطرفين على إعطاء ماتضمنته المعاهدة من تفسير تشريعي قوة ملزمة في علاقة الطرفين أحدهما بالآخر. ومن ثم فإن الفساد إذ ينصب على ما لهذا التفسير التشريعي من وجوب — لايتناول الحكم من حيث موضوعه وإنما يتناوله من حيث الالتزام به جبرا على ارادة الطرف الآخر إذا مادخلت تلك العلاقة في نطاق هذا التفسير . :

وحكم فساد الالتزام أو التصرف هو فسخه وإعادة الطرفين إلى ماكانا عليه قبل ابرام المعاهدة مادام ذلك ممكنا فان تعذر ذلك كان للطرف الآخر أن يطالب الطرف الذي أبرم المعاهدة الفاسدة بتعويضه عما ناله من ضرر وذلك مشروط طبعاً بأن يكون الطرف طالب التعويض حسن النية ..

ان عدم اخضاع المعاهدة لاجراء الشورى هو نوع من اساءة الحاكم لاستخدام سلطاته لانه خروج عن القيود التي قيد الله بها حقه في ممارسة اختصاصاته . وقد اختلف الفقهاء المحدثون في حكم التصرف الذي يصدر عن رئيس الدولة بالخالفه لاحكام دستور بلاده. ويمكن أن اجمل هذا الخلاف في نظريات ثلاثة : فهناك مدرسة المتطلبات الدستورية التي ترى أن المعاهدة التي تبرم دون احترام القيود الدستورية تعتبر باطلة أو هي على الأقل قابلة للبطلان بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة . إن هذه المدرسة تعتبر أن احترام القيود التي يضعها الدستور على سلطة ابرام المعاهدات شرط لا بد منه لسلامة المعاهدة من حيث أن القانون الدولي يترك للقانون الداخلي تحديد نطاق السلطة التمثيلية التي لو كلاء الدولة ، فإن هم تجاوزوا هذه السلطة فقدوا صفتهم التمثيلية . وهناك مدرسة رئيس الدولة أو السلطة التنفيذية ككل — وعندها أن القيود الدستورية لا أثر لها على سلامة المعاهدة التي يبرمها الجهاز التنفيذي . وهناك فريق يتوسط بين المدرستين ويريد أن يصل إلى حلول توفق بين النظرتين . وأنصار هذه المحاولات التي تقف في منتصف الطريق يسعون إلى كسر جمود نظرية المتطلبات الدستورية باحاطتها ببعض الضمانات . وأغلب فقهاء هذا الاتجاه يأخذون بمعيار المظهرية أي انه إذا كان عدم اختصاص الجهاز

الذى أبرم الاتفاقية غير ظاهر وغير واضح بحيث لم يكن من السهل على الطرف الآخر أن يكشفه ، لا تبطل المعاهدة — أى ان المعاهدة التى يبرمها جهاز غير مختص لا تكون ملزمة للدولة مع مراعاة أن تكون المخالفة صارخة أو كان يمكن التعرف عليها بمجرد الاستفسار . ولذا تسأل الدولة إذا أكد وزير خارجيتها للطرف الآخر بأن المعاهدة تقابل المتطلبات الدستورية .

وفى تقديرى أن النظرية الإسلامية يمكن أن تقبل أيا من الحلول السالفة تحت فكرة أن المعاهدة تعتبر عند عدم توافر قيد الشورى — معاهدة فاسدة . ولكنى أفضل النظرية المتوسطة من حيث أنها نظرية أكثر قربا من فكرة العدالة ، والعدالة الوسط أساس من أسس النظرية الإسلامية بوصف أن الله — بشريعته السمحة — قد جعل من الأمة الإسلامية أمة وسطا . ثم اننى اعتبر المعاهدة فى الفرض المبحوث معاهدة فاسدة جريا على الحكم الشرعى وهو أن الفاسد هو ماوافق أصله الحكم الشرعى دون وصفه . والأصل هو الركن والوصف هو الشرط . والأفضل فى الشريعة الإسلامية أن يكون التصرف صحيحا بأصله وبوصفه ومعنى كونه غير مشروع بأصله أنه فقد شيئا مما يتحقق به . ومعنى كونه غير مشروع بوصفه أنه بعد انعقاده فقد شيئا مما لا يصير صحيحا إلا به . وكل تصرف لا يكون مشروعاً بأصله ، لا يكون مشروعاً بوصفه وليس العكس لأن غير المنعقد لا يكون صحيحاً وقد يكون غير الصحيح من هذا كالبائع الفاسد فانه منعقد وغير صحيح . والركن هو الصيغة — أى الإيجاب والقبول — والمحل والأطراف . والحنفية يذهبون إلى أن الصيغة هى وحدها ركن العقد . والخلل فى الركن يجعل التصرف باطلا . أما الشرط فى معناه الواسع فهو التطلب العام لسلامة التصرف الشرعى والخلل فيه يجعل التصرف فاسدا . فضلا على أن حق من يدفع بنسب المعاهدة مشروط بأن يكون حسن النية الأمر الذى يتفق مع اشتراط ألا يكون عدم الاختصاص ظاهرا .

وصيغة الفساد فى العقود لا نظير لها فى القوانين الوضعية لأنها جعلت

للعقود مراتب ثلاثة . الصحة وهي تقابل الصحة في الفقه الإسلامي على اختلاف في بعض التفاصيل ، والبطلان المطلق وهو ذاته البطلان في الفقه الإسلامي .

والبطلان النسبي — وهو في بعض صوره من قبيل العقد الموقوف ، وفي بعضها من قبيل العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي — لأن العقد الباطل بطلانا نسبيا يبقى صحيحا إلى أن يقضى القاضي بإبطاله بناء على طلب الشخص الذي لم يكن رضاه بالعقد تاما ، كمن دلس عليه في البيع مثلا . وهذا العقد كما انه قابل للإبطال من أحد الطرفين الذي وقع عليه الضرر قابل للإجازة أيضا . فاذا أجازته ولو كانت الإجازة ضمنية سقط حقه في الإبطال ، وليس للقاضي أن يطله من تلقاء نفسه من غير صاحبه . ومن هنا يتبين أن تسميته بالبطلان تسمية متساهل فيها على الأقل إن لم تكن غير صحيحة .

وأما العقد الفاسد في الفقه الإسلامي فهو غير صحيح ولا يترتب عليه أثر إلا في بعض صور قليلة .. ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ، وكذلك يجب على القاضي فسخه بمجرد علمه من غير طلب من أحد المتعاقدين . ولا يملك أحدهما إجازته . وإذا ثبت حكمه في بعض الصور يثبت بالقيمة لا بالثمن المسمى في العقد . (نقلا عن محمد مصطفى شلبي — المرجع السابق ، ص ٥٠١ — ٥٠٢) .

إن هذا التمييز لفكرة التصرف الفاسد هو الذي جعلني أقول إن النظرية الإسلامية يمكن أن تتقبل النظريات الثلاث التي أسلفتها . وهو أيضا الذي دفعني إلى ترجيح النظرية الوسطية لأنها تأخذ من كل من الاتجاهين الآخرين بطرف يجعلها أقرب الثلاثة إلى الفكرة الإسلامية في التصرف الفاسد . بيد أنني يجب أن أضيف أن الحكم الوارد بالنسبة للعقود فيما أسلفت من تنبيه يتضمن مبدأ عاما بالنسبة لفكرة « الفاسد » في النظرية الإسلامية ولا يقتصر في

مفهومي على العقد بمعناه المدني والتجاري . ولذا لم أجد غضاضة في أن اصرف الفكرة إلى المعاهدة ولو أنها ليست عقدا بالمعنى الفني للعقد بل تشريع . ومن ثم فإن الدولة في النظرية الإسلامية لا تلتزم بمعاهدة لاتم بناء على الشورى إذا كان تجاهل هذا الاجراء صارخا وواضحا للطرف الآخر أو كان في مقدور الطرف الآخر أن يعلم بهذه المخالفة لو أنه بذل الحرص العادي ، فإذا ترتب على ذلك ضرر بالغير كان له الحق في أن يعرض عما اصابه من ضرر ، إذا توافرت شروط التعدي . والتعدي هو ركن المسؤولية في النظرية الإسلامية على ما أوضح في حينه . وعلى القاضي أن ينهي المعاهدة جبرا على المتعاقدين ازالة للمنكر شرعا مادام الانهاء ممكنا .

ويمكنني أن اعلق في نهاية هذه المناقشة بأن المعاهدة — في النظرية الإسلامية — تعتبر من التصرفات الشكلية حيث أن الشورى اجراء لازم لابرامها .

٢ — الشروط الموضوعية :

هناك حقيقة أولية أرى الآن أن اوضحها هنا استكمالا لما قدمته بشأن الطبيعة القانونية للمعاهدة حتى ينجلي ما أسلفت من قول ويبين ما أعرض من رأي .

عندما أتكلم عن المعاهدة أتكلم عن وثيقة تتشكل من :

١ — نصوص تحتويها المعاهدة .

٢ — لها قوة الالتزام والوجوب .

أما نصوص المعاهدة فقد سبق أن ذكرت أنها تدخل في حكم الاجتهاد . سواء أكان ذلك باستنباط الاحكام أم بتقليد احكام سبق أن استنبطها الفقه . وقد كان باب هذا الاجتهاد مفتوحا للمسلمين خلال القرنين ونصف القرن الأولى من ظهور الإسلام . ولكن فكرة قفل باب الاجتهاد واشتراط شروط معينة فيمن يحق له الاجتهاد بدأت تتبلور في القرن الثالث الهجري وراحت

فكرة الاجتهاد تنفصل عن مفهوم الرأي واقتصرت على القياس وغيره من الضوابط وقام الشافعي بدور رئيسي في هذا الخصوص . وماكاد يشرف القرن الرابع الهجري حتى كان باب الاجتهاد قد انلق كلية وشاع الفهم بأن شروط الاجتهاد لم تعد متوافرة في شخص ما وأصبح دور الفقهاء هو التقليد حيث يقبل فقه واحد من الأئمة الأربعة دون مناقشة . ولكن فكرة التقليد لقيت على مر العصور معارضة من عدد من المستنيرين من فقهاء الشريعة — مثل داود بن خلف مؤسس المدرسة الزاهرية وابن تيمية الفقيه الحنبلي وهي اليوم تلقى استهجانا ومعارضة من المصلحين ، كما لعبت فتاوى شيوخ الفتوى دوزا في تطوير الفقه الإسلامي .

ومن ثم فانا إذا أخذنا بمفهوم العصور الأولى للإسلام فان الاجتهاد مفتوح وتبعاً فان نصوص المعاهدة إذا كانت استنباطاً لأحكام غير مسبقة — فلا غبار عليها لأنها اجتهاد مقبول ممن رأت الدولة — أو بالأحرى ولى أمر المسلمين — تكليفه بهذا الاجتهاد . أما إذا تسلط علينا منطق مؤيدى قفل باب الاجتهاد فان هذه النصوص — إذا لم تكن تقليداً لرأى الأئمة أو ماجاء في مذاهبهم من اجتهاد في المذهب فانها لا تقبل الا إذا كان صائغها قد توافرت فيه شروط الاجتهاد . ولما كان المتحمسون لقفل باب الاجتهاد يرون أن هذه الشروط لا تتوافر في أحد من فقهاء العصر فان نصوص المعاهدات يجب ألا تخرج عن التقليد وإلا كانت مرفوضة لأنها صدرت من غير العلماء المجتهدين .

وإذا كان لى أن ابدى رأياً هنا فاننى ممن يرون أنه لم يعد هناك مبرر اليوم لقفل باب الاجتهاد فقد بلغت الحضارة المعاصرة — بما توفره من تيسيرات في طباعة المؤلفات وتسهيلات في نقل المطبوعات من أقصى الأرض إلى اقاصها ومن اتصالات سريعة مريحة يستطيع معها أن يتخاطب العالم مع زميله بغیر مشقة واحياءاً لثراث السلف الصالح في عصر النهضة العلمية الكبرى الذى نعيش فيه — كل هذا يشجب كل دعوة للجمود لاسيما وأن مانجابه اليوم من مشاكل معاصرة لم تعرض للأئمة واتباعهم من مجتهدى العصور الأولى هو في حاجة ماسة إلى التدبر والفهم والفتوى . (راجع عبد الحميد متولى — أزمة

الفكر السياسي الإسلامي ، القاهرة ١٩٧٠ — ويعرض الاستاذ المؤلف هذه المشكلة من خلال جدير بالاهتمام .. وأقول — ترتيبا على هذا — إنه لا قيد على النصوص التي ترد في المعاهدات سوى أن تتفق مع المبادئ التي جاء بها القرآن الكريم والحديث الشريف . وهذا قيد عام بكافة الأحكام وليس قاصرا على المعاهدة أو خاصا بها .

أما القوة الملزمة لنصوص المعاهدة في علاقة أطرافها الواحد بالآخر فهي المسألة التي تحتاج إلى وقفة بلايضاح أمرها في هذه الدراسة . ذلك اننا إذا نظرنا إلى النصوص على أنها اجتهاد بالرأى المستقل أو التقليد فان هذا لا يعنى حتما ولزما أنها ملزمة بالنسبة للدولة ما وإن كانت لها حجية وإنما الذى يملك إعطاءها هذا الالتزام هو ولى أمر المسلمين ، مثل ذلك ما فعله الشارع المصرى إذ جعل ^١ذهب أن حجية ملزما للتأني السرى في حالات معينة .

وابرام المعاهدة يعنى أن ولى الامر قد جعلها ملزمة للدولة بما جاء فيها من أحكام ، وفي قول آخر فان المعاهدة تصرف إلى ما جاء فيها من اجتهاد أو تقليد قوة الزام ووجوب ما كان ذلك الاجتهاد أو التقليد ليتمتع بها لولا أنه صيغ في معاهدة نافذة . إن هذا الوصف الجديد الذى تضيفه المعاهدة على نصوصها هو الذى نتجه إليه ونحن نتكلم عن شروط المعاهدة ومن ثم فاننا يمكن أن نقول إن شروط المعاهدة تعنى في الواقع شروط صيرورة ما جاء في المعاهدة من أحكام ذا قوة الزام ووجوب . ولذا فان المعاهدة وإن كانت تقوم بدور تشريعى إلا أن قيامها بهذا الدور معلق على ارادة طرفيه — وفي عبارة أخرى فان الدور التشريعى الذى تقوم به ذا سمة تعاقدية . ولكن هذا لا يعنى أنها عقد لأن العقد كما قدمت يعمل على تحقيق مصالح متقابلة ، أما التشريع فيعمل على تحقيق مصالح متوازية . وهذا هو ما تحققه المعاهدة في المفهوم الذى أعنيه في هذه الدراسة . فإذا عدت إلى البدء أقول إن الشروط الموضوعية — كى تصبح المعاهدة واجبة وقافذة — إلى جانب بديهية أن تكون الأحكام متفقة مع نصوص القرآن والسنة — هى الشروط اللازمة لحجية

الاجتهاد فضلاً على أن تكون مبنية على التراضى بين الطرفين . فهل معنى ذلك أن عيوب الرضا تعيب المعاهدة ؟ يرى الفقه الدولى المعاصر — ويؤيده فى ذلك وفاق فيينا سنة ١٩٦٩ الخاص بأحكام المعاهدات — أن المعاهدة يمكن أن تنالها عيوب الارادة التى تعيب العقد فى القانون الخاص . ويتعرض هؤلاء الفقهاء — عند الكلام على عيوب الارادة — للخطأ والغلط والغش والاكراه . وعندى أن هؤلاء الفقهاء — وإن كانوا هم الكثرة — إنما ذهبوا إلى ما ذهبوا اليه تحت تأثير افكار القانون الخاص فى نظرهم إلى المعاهدة على أنها عقد ، فهم يستعيرون من القانون الداخلى — فى خصوص المعاهدة — الأفكار الرئيسة التى تحكم نظرية الالتزام المدنى ولذلك فأنى أنتقد هذا رأى الغالب الذى يناقش مشروعية المعاهدة على أساس أنه إذا لحقت عيوب بارادة عاقدتها تبطل المعاهدة . والذى يتفق مع منطقى ، هو أن المعاهدة دليل من أدلة الاحكام الدولية يتسربل برداء التشريع ، ومن ثم فكل ما هو مطلوب هو أن تتوافر قرائن معينة تؤكد أن هذا الدليل صحيح ، أى ان هناك معاهدة قد استكملت حقاً شروط نفاذها من حيث الشكل والموضوع — أى الاجتهاد — فإذا لم تتوفر تلك القرائن أهدرت حجة الدليل وسقط التمسك بها .

ولكن هذا رأى الذى اتمسك به ازاء المعاهدة فى الفقه المعاصر ليس هو مأخذ به بالنسبة للمعاهدة فى الفقه الإسلامى . ذلك أن هناك — فيما ارى — فارق جوهري بين المعاهدة فى كل من الفقهاء . إن المعاهدة فى الفقه المعاصر هى — فى مذهبي — دليل من أدلة الارادة الشارعة الأصلية للدول المتعاقدة فى حين أن المعاهدة فى الفقه الإسلامى دليل من أدلة الاجتهاد أى دليل من أدلة الارادة الشارعة الثانوية لأن الاطراف المتعاقدة لا تملك الارادة الدولية الشارعة الأصلية فى النظرية الإسلامية . إن الارادة الشارعة الأصلية فى مفهوم النظرية الإسلامية — كما قلت أكثر من مرة — هى الارادة الإلهية . وكل ما لارادة الأطراف من دور حيال هذه الأحكام هو تفسيرها وتفهم مقتضاها واختيار التفسير الذى يلتزمون به فى علاقاتهم المتبادلة . إن هذا الدور لارادة أطراف المعاهدة هو الذى قادنى إلى القول بأن الدور التشريعى للمعاهدة ذو

طبيعة تعاقدية لأن دور الدول المتعاقدة دور تفسيري تطبيقي تختار بالمعاهدة واحداً من بين تفسيرات متعددة يمكن أن تستنبط من النصوص الأصلية وتتفق على الارتباط به في علاقاتها التعاقدية. وإذن فالمعاهدة وثيقة تتضمن أحكاماً شرعية — أى مستمدة من الشريعة الإسلامية — أضفى عليها الأطراف قوة الالتزام في تنظيم علاقاتهم الواحد بالآخر .

لذلك كيف نقول — من الناحية النظرية — إن الإكراه ، والغش أو التفرير ، والغلط تغيب الرضاء .

إن الإكراه الذى يعيب الإرادة هو التهديد بالحق الأذى إذا لم يستجب المطلوب إليه لطلب الطالب وقد يكون الإكراه ملجئاً إذا كان التهديد فيه بقتل النفس أو باهلاك عضو أو بالضرب الشديد الذى يخشى معه تلف النفس أو العضو أو باتلاف جميع المال أو بالحبس الدائم ، وهذا المفهوم يقابل — على الصعيد الدولى — التهديد باهدار استقلال الدولة أو سلامة إقليمها . والإكراه غير الملجئ هو ماسوى ذلك مما يشق على النفس احتماله . ولاخلاف بين الفقهاء على أن الإكراه الملجئ مفسد للاختيار . أما الإكراه غير الملجئ فهو غير مفسد للاختيار عند الحنفية .

والغش والتفرير هو استعمال حيلة وخدعة مع الطرف الآخر ليقوم على التعاقد ظاناً أنه فى مصلحته مع أن الواقع يخالف ذلك ، وفى قول آخر فإن أحد الطرفين يورم الآخر بتوافر صفة فى التعاقد عليه مرغوب فيها ولولاها ما أقدم الطرف الآخر على المعاهدة . وقد يكون التفرير بالتدليس وذلك إذا ما أخفى أحد الطرفين عيباً فى أحد العوضين فى عقود المعاوضات . وحكم التفرير أو التدليس أنه موجب للخيار — على أرجح الآراء — فىكون لمن غرر به أو دلس عليه الخيار ان شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه .

والغلط الذى يعيب العقد هو الغلط الظاهرى — وليس الباطنى أى فى الإرادة الباطنية — ويقصد بالغلط الظاهرى الذى يوجد فى الصيغة ما يؤول عليه . وليس كل حالات الغلط الظاهرى معتبرة فى عيوب الرضاء . فالفقهاء

يقصرون كلامهم على الغلط المتعلق بمحل العقد . ومعنى الغلط في محل العقد هو ظهور المعقود عليه على خلاف ما عين بالعقد — ويؤثر هذا الغلط في الرضا لأن العاقد مارضى بالعقد إلا على الحالة التي قدرها وانشأ العقد على اعتبار وجودها فان اختلفت الحقيقة عما قدره فات رضاه بالعقد .

فان وقع الغلط في جنس المعقود عليه بطل العقد وإن وقع في صفة من صفاته يترتب عليه عموم لزوم العقد في حق من وقع الغلط في جانبه ، وتبعاً يكون له حق فسخ العقد في العقود التي تقبل الفسخ خلافاً للامام أحمد الذي عمن حكم خيار الفسخ في كافة العقود . على أنه تجب ملاحظة أن فوات الوصف يوجب الخيار بشرطين : أن يكون عقد الوصف مما لا يدرك بالمعينة الظاهرة ، وألا يكون فواته إلى احسن منه . أن الكلام عن هذه العيوب في شأن المعاهدات يثير عندى تساؤلاً أولياً حول الإرادة التي يمكن أن تعيها هذه العيوب . هل هي إرادة الدولة أم إرادة ممثليها ؟ .

إننا إذا قصدنا نسبة عيب الإكراه إلى إرادة الدولة نجد أن توافر هذا العيب عملاً أمر يكاد يكون مستحيلاً ، لأن علاقات القوة لم تستبعد نهائياً من العلاقات الدولية « فاعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم » (الانفال / ٦٠) ، ولا زالت الحرب — لاسيما في صورتها الدفاعية — مشروعة لأن حق الدفاع الشرعى حق طبيعى « قاتلوهم يعذبهم الله بأيديكم » ويخزهم وينصركم عليهم « (التوبة / ١٤) . « ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (البقرة / ١٩٤) . « إذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وإن الله على نصرهم لقدير » (الحج / ٣٩) . « فان لم يعتزلوكم ويلقوا اليكم السلم ويكفوا أيديهم فخذوهم واقتلوهم حيث ثقتموهم وأولئك جعلنا لكم عليهم سلطاناً مبيناً » (النساء / ٩١) .

لقد كان الغالب في الفقه الدولى المعاصر أن الإكراه على الدولة لا يعتبر مبطلاً للمعاهدة حتى كان وفاق فيينا سنة ١٩٦٩ إذ تضمن ذلك الوفاق نصاً

على بطلان المعاهدة إذا وقع اكراه على الدولة أو جرى تهديد بذلك . وبدهى أن يرد تحت هذا البند معاهدات السلام التي يعلنيها المنتصر تحت حد السيف .

قلوبنا اعتبرنا هذه المعاهدة باطلة ملية التاريخ الدبلوماسي بمعاهدات باطلة لعبت دورا كبيرا في تشكيل العلاقات الدولية وتطوير أحكام قانون الأمم. ومن الطلى أن اذكر أن ميثاق الأمم المتحدة والمعاهدة العامة لابطال الحرب تجاهلت أثر الاكراه على المعاهدات التي يرمها المنتصر . ويقول الفقهاء في تقدير معاهدات السلام إننا يجب أن نبحث عما إذا كانت الحرب قد شنت على خلاف موثيق السلام لاسيما في الحقبة الاخيرة من تاريخ العلاقات الدولية التي تميزت بوثائق دولية تحرم الحرب وتمنع الاكراه في العلاقات الدولية — يمكن أن نعتبر أن عهد عصبة الأمم هو بدايتها — ويقولون إن النظرة إلى معاهدات السلام يجب أن تختلف بحسب ما إذا كانت الحرب التي شنت مشروعة — وعندئذ تكون المعاهدة سليمة — أو غير مشروعة وهنا تكون المعاهدة باطلة . وردى على ذلك أن الحرب لم تمنع تماما فلا زالت هناك — على الأقل — الحرب الدفاعية . وطبيعى أن المعاهدات التي تنهى هذه الحرب لصالح المدافع المنتصر معاهدات مشروعة على الرغم من أنها ترم تحت اكراه القوة . ثم إن الأخذ بهذا الرأى يعنى أن الحلال بين والحرام بين وأن تحديد من هو المعتدى ومن هو المعتدى عليه هو أمر من السهولة بمكان مع أن الفقه مقر في شبه اجماع على أن تعريف العدوان فى القانون الدولى هو من الأمور التي تكاد تستعصى على الحل . وحتى إذا وجد التعريف — شأن التعريف الغامض الذى أقرته الأمم المتحدة — فإن تطبيقه على واقع الحال يوشك أن يكون ضرا من المتعذر . (راجع كتاب المؤلف — الغنيمى الوجيز فى قانون السلام ، الاسكندرية ١٩٧٧ ، ص ١٠٩ — ١١٢) . أما القول بأن المعاهدات التي ترم باسم الجماعة الدولية تعتبر معاهدات مشروعة فقول يفرق فى الخيال لأنه يفترض وجود سلطة تمثل الجماعة الدولية وتشن الحرب باسمها وتبرم معاهدات الصلح تحت علمها ، وهذا ما عجزت الأمم المتحدة — على الرغم من تعدد النصوص فى ميثاقها — عن تحقيقه — ولعل الفقهاء

الغربيين يريدون بذلك أن يدعوا أن دول الحلفاء في الحريين العالميتين الأولى والثانية قد أعلنت الحرب باسم الجماعة الدولية ووقعت معاهدات الصلح لصالحها . فان كان هذا هو منطق الرأى فاننى فى غنى بذكره على علاته عن أن اضيف قولا آخر لتفنيده .

ويجد الفقه صعوبة فى تأييد مذهبه هذا بالسوابق الدبلوماسية أو القضائية ، ولذا يدور فى فراغ . ثم هو كذلك يقع فى الخطأ التقليدى وهو الخلط بين المعاهدات وبين العقود . وهذا فضلا على أن القول بأن الاكراه الذى يمارس ضد الدولة ذاتها الكى يعتبر من قبيل الاكراه المبطل للمعاهدات لا بد أن يتصور مجتمعها دوليا فاضلا تحكمه المثالية والافكار الخيالية . إن كل ما لهذا الرأى من أثر هو تشتيت الفكر واشاعة البلبلة فى العلاقات الدولية إذ يقدم للدول ذرائع جديدة للتخلص من التزاماتها فى شكل دفع بالاكراه .

وإذا كان هذا هو الرأى فى القانون الدولى الوضعى فان الأمر لا يختلف كثيرا فى النظرية الإسلامية . إن الاكراه نظرية تتفق — فى رأى — مع الإرادة الحرة الواعية والعلاقات الفردية حيث تلعب الأحلاف والاعتبارات الاجتماعية دورا فى تحديد الروابط الشخصية . أما العلاقات الدولية فتقوم أساسا على المصلحة وليس لها جانب أخلاقى وإن صح أن النظرية الإسلامية ترسم لها اطارا سلوكيا يستبعد التدنى فى مراعاة المصالح عن حد معين من القيم العالمية . ثم ان الإرادة التى تتمتع بها الدولة — بوصفها شخصا معنويا على نحو ما أئين فى حينه — ليست ارادة حرة واعية كتلك التى يتمتع بها الفرد وإنما هى ارادة اعتبارية افتراضية . ومن هنا فان الاكراه الذى يقع على الدولة يقع عليها بوصف أنها جماع معنوى لأشخاص يكونون الركن الاجتماعى وهو الشعب .

• وإذن فالمصالح تبرر أن يكون الاكراه وسيلة من وسائل تحقيق هذه المصالح وضمناها ، بيد أن الاكراه يجب ألا يترتب عليه النيل من شعب الدولة على نحو تأباه الفطرة وتلفظه الإنسانية . وفى هذه الحدود لا أرى أن الاكراه يمكن أن يكون سببا مبررا لبطلان المعاهدة إذا نظرنا إلى الدولة كشخص معنوى . إن

القول بأن الاكراه الموجه للدولة — بوصفها شخصا معنويا — يمكن أن يبطل المعاهدة يحتاج إلى تحديد في النظرية الإسلامية . ذلك أن العلاقات الدولية قد تنشأ بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر . وهذه علاقة يحكمها قانون عام إسلامي أكثر منه قانون دولي عام . وهذا طبعاً هو حكم البغاة الذين يجب قتلهم حتى يفيثوا إلى امر الله .

وإما أن تنشأ بين دولة إسلامية ودولة غير إسلامية . والدول غير الإسلامية في مجموعها — من وجهة نظر المفهوم الإسلامي — دار حرب ، وعلاقة الدولة الإسلامية بدولة من دول دار الحرب تتوقف على سياسة تلك الدولة من الدولة الإسلامية . فهي إن نهجت منهج المهادنة والمسالمة كان حكمها هو ماقررتة الآية الكريمة « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين » (الممتحنة / ٨) . وعندئذ لا يقبل من المسلمين أن يمارسوا اكراها على هؤلاء لأن الاقسط لهم يتنافى مع الاكراه . وهنا أقول إن الاكراه يبطل أية معاهدة تبرم مع هؤلاء .

أما اذا عادوا الإسلام امتنع على المسلمين أن يتخذوهم اولياء بل وكان على الدولة الإسلامية أن تمارس ضد هؤلاء من الاكراه ما يؤمن الدعوة الإسلامية . « فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى إذا اثبتتموهم فشدوا الوثاق » (محمد / ٤) . « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » (التوبة / ٥) . « وإن نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم وطعنوا في دينكم فقاتلوا ائمة الكفر إنهم لا إيمان لهم لعلهم يتبهون » (التوبة / ١٢) .

وعلى ذلك فإن النظرية الإسلامية تميز المعاهدات التي تبرمها الدولة الإسلامية مع دول الحرب الذين يناصبون الدولة الإسلامية العداء وتفتح عنوة . وذلك أقرب إلى الواقعية مما يزعم بعض الفقهاء وتذهب إليه أحكام وفاق فيينا لأن المصالح مبنية العلاقات الدولية والقوة هي محركها حتى أن لغة الساسة والدبلوماسية جرت على تسمية سياسات الدول بسياسة القوة politics

power . ولذا فشلت الجهود الفقهية التي حاولت أن تقيم نظرية في خصوص المعاهدات غير المتكافئة اى المعاهدات التي تنطوى على انعدام المساواة في المراكز التعاقدية بين طرفيها واختلال في الامتيازات والالتزامات الناشئة منها بالنسبة لكل منها بحيث يؤدي استمرارها إلى انتهاك سيادة الطرف الأضعف واهدار مصالحه الحيوية . (راجع خليل اسماعيل الحدينى — المعاهدات غير المتكافئة المعقودة وقت السلم ، رسالة ماجستير غير منشورة قدمت إلى كلية الاقتصاد والعلوم السياسية بجامعة القاهرة ١٩٧٥) . إذ لم يتمكن الفقه من أن يجعل من عدم التكافؤ — في حد ذاته — سببا مستقلا من أسباب بطلان أو ابطال المعاهدة ومن ثم فإن الاستناد إلى عيوب الإكراه عند من يرون أنها تطعن على سلامة المعاهدة — للقول بأنها معاهدة غير متكافئة هو من قبيل الخلط بين هذه العيوب وبين عدم التكافؤ كعيب له ذاتيته أو هو ادماج لعدم التكافؤ واذابة له في اسباب تغليدية لبطلان المعاهدة . وفي قول آخر فإن المعاهدات غير المتكافئة هى معاهدات مشروعة في النظرية الإسلامية إذا أبرمت مع دولة معادية تتخذ موقفا عدائيا ايجابيا من الدولة الإسلامية لاسيما ما يطلق عليها مصطلح « بلاد العنوة » اى التي تفتح قهرا .

أما الإكراه الذى يمارس ضد ممثل الدولة فحكمه في رأى كحكم الإكراه الذى يوجه ضد الدولة وإنما في معنى أن الإكراه الذى يمارس ضد ممثل الدولة المعادية التي تناصب الدولة الإسلامية العداء لا يبطل المعاهدة التي تبرم في ظل هذا الإكراه .

وقد جاءت الآية الخاصة بأهل الكتاب أكثر وضوحا واثباتا في أن الإكراه لا يعد عيبا مبطلا للمعاهدة فيما قدمت من فروض وهى قوله تعالى « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » (التوبة / ٢٩) . وسواء فهم الصغار في الآية على أنه الرضا بالذل أم على أنه اصرار احكام الإسلام عليهم مع انهم ممتنعون من الدخول في الإسلام

فان الاستشهاد بالآية سليم في خصوص الاكراه مع ملاحظة أن من تنطبق الآية في حقهم هم تلك الفئة من أهل الكتاب الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق ، الأمر الذى يسمح لى بأن اعمم الاستشهاد بها على غير المسلمين من أهل الكتاب وغيرهم بحيث يكون اكراه هؤلاء عن يد وهم صاغرون على الكف عن العدوان عن الإسلام هو قاعدة من القواعد العامة التى تقبلها النظرية الإسلامية . ويؤكد هذا فى مفهومى أن اضيف قوله تعالى « يا ايها النبى جاهد الكفار والمشركين واغلظ عليهم » (البقرة / ٧٣) فهذا أمر للنبي — وتبعا للمؤمنين — بأن يشتدوا على الكفار والمشركين ، والاكراه صورة من صور هذه الغلظة والشدة .

وهذا مايؤيده فى نظرى قول القلقشندى عن المعاهدات التى تبرم بين طرفين أحدهما مضعوف والآخر قوى يقول الفقيه « وإن كانت المعاهدة من قوى لضعيف أخذ فى الاشتداد آتيا بما يدل على علو الكلمة وانبساط القدرة وحصول النصره واستكمال العدد وظهور الأيد ووفور الجند وقصور المللك عن المطاولة وعجزهم عن المحاولة ونحو ذلك مما ينخرط فى هذا السلك لاسيما إذا كان القوى مسلما والضعيف كافرا ..

وإن كانت الهدنة من ضعيف لقوى أخذ فى الملاينة بحسب ما يقتضيه الحال مع اظهار الجلادة وتماسك القوة خصوصا إذا كان القوى المعقود معه الهدنة كافرا » . (صبح الاعشى — المرجع السابق ، ج ١٤ ص ١٢ — ١٣) .

بقى الكلام عن عيوب الرضا الاخرى وهى الغلظ أو الخطا والغش والتدليس ، وهذه عيوب تتعلق بارادة الاقرار وتبعا فلا يكون تصورهما بالنسبة للشخص المعنوى . وإذن فلا نقبل أن نناقش أثر هذه العيوب على ارادة الدولة لأن الدولة لاتملك الارادة التى يمكن أن ترد عليها العيوب السالفة .

إن هذه العيوب — أن صبح توافرها — قد تعيب ارادة ممثل الدولة ، ولذا

فإن مناط البحث هو مدى تأثير الغلط أو الخطأ والغش والتدليس الذى يعيب ارادة ممثل الدولة على صحة المعاهدة — والقول عندى إننا إذا كنا نتكلم عن ممثل الدولة الإسلامية فإن من الصعب أن نتصور توافر هذه العيوب على أساس أن المعاهدة لانصح إلا اذا خضعت لاجراء الشورى ، وفي اجراء الشورى اتقاء لمثل هذه العيوب وحماية ضد آثارها في الارادة وإن قيل : ولكن المعاهدة قد تتم دون شورى فما الحكم إذن . اتول حكمها هو ما اسلفت في خصوص المعاهدة التى تنتقل إلى اجراء الشورى . فهى معاهدة فاسدة . فاذا قيل : ولكن العيوب التى تعيب الارادة تمس ركننا في العقد فتبطل العقد وهى بذلك اقوى أثرا على العقد من عدم توافر الشورى . قلت : إن الأثر النهائى واحد من حيث بطلان أو ابطال المعاهدة ، ومع ذلك فإن صاحب المصلحة يكون بالخيار بين أن يستند إلى اى من الطعنين للطعن على المعاهدة . على أن هذه العيوب لاتعتبر إلا اذا نالت من ارادة الامام أو ممثله المفوض — اى وزير التفويض حسب التعبير التقليدى — وقد مر بنا أن للامامة شروطا إن توافرت في صاحبها يصعب أن نتصور كيف يمكن أن يخطئ أو يدلس عليه إلى الحد الذى يجعل هذا الخطأ أو التدليس عيبا في الارادة مبطلا للمعاهدة . إن الأخذ بعيوب الرضا في المعاملات العادية فرض يمكن أن يتحقق لأن ذوى الكياسة والعقول الراجحة والمعرفة الواسعة ليسوا هم الغالبية في اى مجتمع أما بالنسبة للامام — وهو العالم الكيس الفطن الحكيم — فإن ماقد ينزلق اليه من خطأ أو يقع فيه من غش لاتصور أن يكون حجمه هو الحجم المتطلب للحكم ببطلان التصرف لاسيما في عصر التقدم العلمى المذهل ناهيك بدولة لها أجهزتها

أما وزير التفويض فعمله — كما قلت آنفا — يخضع لمراجعة الامام فإن رأى الامام — بحكمته وثاقب فكره — أن يفوضه تفويضا قاطعا فلا بد أن يكون قد أنس منه الكفاية والدراية التى تبعده عن الخطأ والغش المبطلين للتصرف .

فإن كان الامام ومفوضه دون المستوى الذى تتطلبه النظرية الإسلامية ولا تتوافر فيهما شروطها فاننا نكون قد خرجنا على احكام النظرية ولا يجوز

تبعاً أن تؤصل الأمور على هدى من مبادئها لان الحكم عندئذ يكون لغير ما امر به الله .

اخلص من كل ماسبق إلى أن عيوب الرضا التي تبحثها دراسات القانون الخاص لاتصلح لدراسات قانون الأمم الإسلامى ويكفى لسلامة المعاهدة أن تكون الارادة الظاهرة قد تم الاعراب عنها بالوسائل والعبارات المعبرة عنها فحسب وأن يكون الاجتهاد قد توفرت فيه شروطه .

فاذا قيل: ولكن ما الحكم إذا تغلب على الحكم الإسلامى حاكم دون أن يستوفى الشروط الإسلامية لاسيما وأن الفقهاء يرون أنه إذا كان عدلاً أميناً قادراً على القيام بعبء الحكم الإسلامى وارتضاه الناس فانه يكون حاكماً واجب الطاعة أقول: إن كثيراً من الفقهاء لا يسمون هذا الحاكم بالخليفة بل يسمونه ملكاً عادلاً أو ملكاً طبيعياً كما قال ابن خلدون لقيامه على الاستبداد وهو ما ترفضه تعاليم الإسلام — ويسمونها ابن تيمية خلافة الملوك ، ويمكن أن نسميها بالولاية الدنيوية . وإنه وإن وجبت طاعته فيما ليس بمعصية لأن الحكم فى ظله ضرورة لحفظ الإسلام والمسلمين والضرورات تبيح المحظورات إلا أنه يجب اصلاحه بالحسن وبكل الوسائل الممكنة لان الدين النصيحة والسعى فى تغييره من غير فتنة ولا فساد فى الأرض ولا قتال لأن الفساد فى القتال والفتنة أعظم من الفساد الحاصل بظلمهم بدون قتال ولا فتنة . ولأن الرسول ﷺ قال : « من ولى عليه وال فرآه يأتى شيئا من معصية الله فليكره ما يأتى من معصية ولا يزعم بزاعن طاعة » وإذن فالفرض المبحوث يعتبر استثناء فى النظرية التقليدية . وضرورة تأخذ حكم الضرورات من تقبل المحظورات واجازة المنوعات ولكنه لا يعتبر سابقة . اما إذا نظرنا اليه نظرة معاصرة فان حكمه يأخذ مايجرى عليه العمل الدولى المعاصر ، وعندئذ تندمج النظرية الإسلامية فى بخصوص شروط صحة المعاهدة ، مع النظرية المعاصرة وقد لخصت حكم النظرية المعاصرة فيما سلف من مقارنة .

وهناك عيب آخر سجلته أحكام وفاق فينا تنص عليه م ٥٠ ويتصل بافساد مثل الدولة إذ تسمح للدولة بأن تدفع بافساد ممثلها لابطال المعاهدة التي تم الاتفاق عليها عن طريق هذا الممثل الذي جرى افساده بطريق مباشر أو غير مباشر . وتعريف ماهو افساد ليس ميسورا فكثيرا مايجرى في العمل تقديم الهدايا ومنح النياشين كرمز للاحتفال بابرام معاهدة . ولذا حاولت لجنة القانون الدولي وضع معيار تقالت إن الفساد يشير فقط إلى التصرفات التي تمارس تأثيرا جديا على تصرفات الممثل في ابرام المعاهدة . ولكن النظرية الإسلامية كانت اكثر تشددا فيما يمكن أن يعتبر افسادا للممثل وذلك دفعا لاية مظنة . ويمكن أن نستنبط فلسفة النظرية الاسلامية في ذلك من السابقة التي حصلت في عهد الرسول « المروية في الصحيحين من أن النبي استعمل رجلا من الأزدي يقال له ابن اللبية على الصبغة فلما قدم قال : هذا لكم وهذا أهدي لي ، فقال النبي : ما بال الرجل نستعمله على العمل مما ولانا الله فيقول هذا لكم وهذا أهدي الى . والذي نفسى بيده لا يأخذ منه شيئا الا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته أن كان بغيره رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة تغو . ثم رفع يديه حتى أدنا عنرقى ابطله وقال « اللهم هل بلغت ، اللهم هل بلغت ثلاثا » . ومن هذا الحديث ندرك أن المعيار الذي يحدد استغلال النفوذ هو استفادة الموظف المادية من وجوده على العمل حتى ولو لم يكن الأمر رشوة وقد علق ابن تيمية على ذلك بقوله « وكذلك محابة الولاة في المعاملة من المباينة والمؤاجرة والمضاربة والمساواة والمزارعة ونحو ذلك من الهدية » .

— مدة المعاهدة : يرى الشافعية والحنابلة أن المعاهدة لا بد أن تكون موقوتة بأجل معين وإلا كانت غير جائزة لان المعاهدات الدائمة تؤدي إلى ترك الجهاد بالكلية . وفي تفصيل مدة المعاهدة يفرق الفقهاء التقليديون بين المعاهدات ذات الطبيعة الدستورية التي ابرمها الرسول — ومن بعده خلفاؤه — مع الذميين وغيرها من المعاهدات .

ويتفق الفقهاء على أن معاهدات الفئة الأولى — أي المبرمة مع الذميين

يوصفهم هذا — معاهدات دائمة أبدية . وكانت أول معاهدة أبرمها الرسول هي عهد المدينة الذي عاهد فيه اليهود على السلم وحسن الجوار وكانت دائمة غير موقوتة . ومعاهدة بنى ضمرة ونصوصها تدل على أنها دائمة غير موقوتة بمدة معينة (على على منصور — الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ، بالقاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ٣٧٦) . وإن كنت أرى أن وثيقة المدينة ليست معاهدة وإنما هي دستور الدولة الجديدة .

أما الفئة الثانية فيقسمها الفقهاء إلى قسمين : تفرض لهم عهداً مؤقتاً لم ينقضوه ولم يظاهروا علينا ، وقد أمر الله أن يتم لهم عهدهم إلى مدته ، وقسم من لم يكن لهم عهد ولم يحاربوه ، أو كان لهم عهد : طلق ، وهؤلاء أمر الله أن نؤجلهم أربعة أشهر براءة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا في الأرض أربعة أشهر واعلموا انكم غير معجزي الله وأن الله مخزي الكافرين » (التوبة / ٢) . إن الآية قد أمهلت المشركين أربعة أشهر لا يتعرضون خلالها لايذاء أو عدوان فإن تابوا خلال هذه المهلة عدوا من المسلمين أما إذا تولوا وانقضت المهلة دون أن يتوبوا عن الشرك فإن الآية تنذرهم بأنهم غير معجزي الله وأن الله مخزيهم .

يبد أن هذا الحكم يتطلب في المسلمين قوة تسمح بأن يفرضوا شروطهم على الكفار وأن يتوعدوهم إن هم لم يستجيبوا لدعوة الإسلام خلال الأشهر الأربعة ، ولهذا فإن تحديد أجل المعاهدة بعدة أشهر في اقصاه مشروط بأن يكون المسلمون في حالة قوة .

ولكن ما الحكم لو أن المسلمين كانوا في حالة ضعف وليس في مكتهم أن يملوا شروطهم أو أن يقابلوا قوة المشركين بما يغلبها ، يرى الفقهاء أن روى الأمر عليه في هذه الحالة أن يرم المعاهدة لأجل يتجاوز السنة إلى عشر سنوات حسبما تقتضيه حاجة المسلمين ومصالحهم . فإن عقدت المعاهدة لأكثر من عشر سنوات بطلت فيما زاد عن السنوات العشرة في مذهب الشافعية — والامام احمد في بعض الروايات — وإن جاز تجديد العهد آخر لمدة أخرى إذا بقيت حاجة المسلمين إلى عقدها . وحجة هؤلاء أن الله تعالى قال « فاقتلوا المشركين

حيث وجدتموهم» (التوبة/ ٥). وهذا حكم عام ولكنه خصصت سنة الرسول في صلح الحديبية إذ هادن الرسول المشركين عشر سنوات ومن ثم فإن ما تجاوز السنوات العشر يبقى حكمه على مقتضى العموم وهو الأمر بقتل المشركين. ومن الفقهاء من قصر الأجل على عامين أو ثلاثة ندعوى أن صلح الحديبية لم يستمر عملاً إلا لتلك المدة القصيرة. وجازت عند الحنفية إذا اقتضت مصلحة المسلمين ذلك. وحجة الحنفية أن الأمر بقتل المشركين الذى وردت به الآية السالفة قد خصصت منه العشر السنوات بمعنى هو أن مصلحة المسلمين قد تتحقق عن طريق المعاهدة أكثر منها عن طريق الحرب وهذا المعنى كما يوجد في السنوات العشر يمكن أن يوجد فيها أو عليها (محمد بن أحمد الرملى - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. القاهرة ١٩٣٨، ج ٨ ص ١٠١). ولا يجوز التقليديون - في حالة قوة المساهمة - أن تصل مدة المعاهدة إلى سنة لأذ السنة هي المدة التي يدفع فيها الجزية فيمتنع تقرير المشركين فيها دون أن يدفعوا الجزية للمسلمين. وكذلك لا يجوز على الرأى الراجح عند الشافعية أن تكون مدة المعاهدة زائدة على أربعة أشهر ودون السنة.

والحق أن تقسيم ألقهاء القدامى للمعاهدات - من حيث المدة - تقسمة اجتهدية ربما كانت تتفق مع الحياة الدولية في العصر العباسي. ولكنى استبعد أن تكون قاعدة من قواعد النظام العام الإسلامى التى ينبج عدم مخالفتها. ذلك أولاً أن انقسام العالم إلى دار اسلام ودار تخالفين ليس له أساس في مصادر الشريعة الإسلامية الغراء. وهى التقسمة التى بنى منطقها على فكرة المعاهدات الدائمة مع غير المسلمين. أما التأسى بمثل الرسول في الحديبية فهو بعيد عن المنطق لأن الرسول أبرم هذه المعاهدة في ظروف سياسية معينة لمواجهة حاجات معينة وبوحى إلهى. وطبيعى أن الظروف تختلف والحاجات تتغير ولا يمكن مع هذا الاحتمال في التبدل أن نتخذ من عنصر الأجل الذى حدد أساساً بينى عليه حكم عام إذ ما كان للرسول أن يهادن الكفر مؤبداً. وإذن فالقاعدة الإسلامية التى يمكن استنباطها من معاهدة الحديبية هو جواز عقد معاهدة بين المسلمين وغير المسلمين. أما شروط المعاهدة ومدتها فتدخل في حكم قوله ﷺ «أنتم أعلم بأمور دنياكم».

ثم إن الفقهاء القدامى اذنوا — بجمعين — بان تتجاوز المعاهدة الآجال التي حددوها إذا دعى إلى ذلك ضعف الدولة الإسلامية فاذا كان الأصل أن تبرم المعاهدة لأربعة أشهر والاستثناء هو تجاوز هذه المدة إلى عشر سنوات عند البعض بسبب عدم قدرة الدولة الإسلامية فإني اتساءل كيف يمكن أن نضع حدا أقصى كقاعدة عامة لأجل المعاهدات ونتصور أننا بذلك نضع حكما صالحا لكل زمان ومكان لاثني عشر قرنا مضت منذ أن قال الفقهاء بهذا الرأي . أن المناط هو مصلحة الدولة ومن ثم فإن المنطق يتطلب أن نطلق لهذه المصلحة العنان فلا نحدّها بأجل معين لاسيما وأن من الذين قالوا بهذا الاجل من اضطر إلى قبول تجديد المعاهدة لآجال متتالية .

إن مذهب الحنفية — في هذا الخصوص — هو أكثر المذاهب اتساقا مع الدوق القانوني والواقع العملي والمصلحة الفعلية للدولة الإسلامية .

إن الرأي — فيما ارجح — هو أن نطلق اجل المعاهدات فلا نحد ذلك بحد معتمدين على رعاية ولى الأمر لصالح الدولة وما يراه ويقدره محققا لذلك الصالح فيبرم المعاهدات للأجل الذى يتكفل بذلك الصالح ويرعاه . ولا منطق في ذلك التفصيل الذى ذهب اليه الفقه التقليدى الإسلامى فيما فرضه من آجال للمعاهدات . فان ابرمت المعاهدة لأجل غير محدد كانت لازمة . وإن دعت المصلحة العامة للمسلمين إلى تقايلها فإن ذلك يمكن أن يتم طبقا لقواعد انتهاء المعاهدات التى نتكلم عنها في حينها من هذه الدراسة .

٣ — عدم مخالفة أحكام المعاهدة لقواعد النظام العام الإسلامى . ذلك أن الأحكام في الشريعة الإسلامية تختلف من حيث قوة الالتزام . ويقسم الفقهاء الاحكام — من هذه الناحية — إلى حكم تكليفى وحكم وضعى . والحكم التكليفى هو ما اقتضى فعلا من المكلف أو كفه عن فعل أو تخييره بين فعل والكف عنه . وأما الحكم الوضعى فهو ما اقتضى جعل شيء سببا لشيء آخر والحكم عند الأصوليين هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين ، طلباً أو تخييراً أو منعا . وعند الفقهاء التى هى أثر ذلك الخطاب .

ويتطلب. القلقندى ألا يكون في المعاهدة شرط يأباه الإسلام كما لو شرط أن يترك بأيديهم مال مسلم أو أن يرد عليهم أسير مسلم انفلت منهم أو شرط لهم على المسلمين مال من غير خوف على المسلمين أو شرط رد مسلمة اليهم فلا تصح المعاهدة مع شيء من ذلك ، بخلاف مالمو شرط رد الرجل المسلم أو المرأة الكافرة فإنه لا يمنع الصحة — (صبيح الأعشى — المرجع السابق ، ج ١٤ ، ص ٧ — ٨) . ورأى الأعشى هذا وإن صح من حيث المبدأ فإن الأمثلة التي ضربها فيها قولان إذا قومناها على هدى من معاهدة الحديبية .

والفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي :

١ — أن الحكم التكليفي يقصد به أداء عمل أو الكف عنه أو التخيير بين الأداء والكف ، أما الحكم الوضعي فيقصد إلى بيان أن شيئا سبب لمسبب أو أنه مانع من الحكم .

٢ — أن ما يطلبه الفعل التكليفي لابد أن يكون قدرة المكلف . أما الحكم الوضعي فقد يكون في مقدور المكلف بحيث إذا باشره ترتب عليه اثره وقد لا يكون في مقدوره بحيث إذا وجد ترتب عليه اثره . ولما كان الحكم الوضعي لا يرتبط بفكرة النظام العام فأننى أكتفى بكلمة إضافية عن الحكم التكليفي لتعلقه بتلك الفكرة .

ينقسم الحكم التكليفي إلى إيجاب (أى واجب على وجه التحكيم والالزام) ونذب (أى ليس على وجه التحريم والالزام) وتحريم (أى كف على وجه الالزام) وكراهة (أى كف ولكن ليس على وجه الالزام) وتخيير (بين فعل الشيء وتركه وهذا هو المباح) .

ويقسم الحنفية الحكم التكليفي إلى سبعة أقسام هى الفرض والواجب والمندوب والمحرم والمكروه تحريما والمكروه تنزيها والمباح . وأحكام النظام العام على هذا التقسيم تشمل الفرض والواجب والمحرم ويمكن أن ندخل فيها — من باب التحرز — المكروه تحريما .

وعلى هذا فإن أحكام النظام العام — من بين الأحكام التكليفية — هى إيجازا الأحكام المتعلقة بما هو واجب وما هو محرم

وإن فاحكام المعاهدات يجب ألا تتضمن — أخذنا برأى جمهور الفقهاء — حكما يخالف ما هو واجب أو ما هو حرم والا كانت غير صحيحة . وقد جاء ذلك في الحديث الشريف « كل شرط ليس في كتاب الله باطل » .

ويناقش الفقهاء في — معرض الكلام عن عدم جواز مساس أحكام المعاهدة بقواعد النظام العام الإسلامية — عددا من الفروض لعزل من أبرزها البحث الخاص بمدى سلامة معاهدة الصلح التي تبرمها دولة إسلامية مع دولة غير إسلامية تتعهد فيها الأولى بأن تدفع للثانية مبلغا من المال .

اختلف الفقهاء في هذا الفرض فقال أحمد بن حنبل والشافعي بعدم جواز ذلك لأنه يظهر الدولة الإسلامية أمام أعدائها بمظهر الضعف والذلة على خلاف قوله تعالى « فلا تنهوا ولا تحزنوا وأنتم الأعلون إن كنتم مؤمنين . (سورة آل عمران ١٣٩) » .

ويتطلب القلقندى شرطا في المعاهدة أن يكون فيها مصلحة للمسلمين بأن يكون « في المسلمين ضعف أو في المال قلة أو توقع إسلامهم بسبب اختلاطهم بالمسلمين أو طمع في قبولهم الجزية من غير قتال وانفاق مال . فإن لم تكن مصلحة فلا يهادنون بل يقاتلون حتى يسلموا أو يؤدوا الجزية إن كانوا من أهلها » (صبح الاعشى — المرجع السابق ، ج ١٤ ، ص ٧) . ولكن فريفا من الفقهاء أجاز ذلك بحجة أن الرسول دفع مبلغا من المال لعينة بن حصن أثناء الحرب كما احتجوا بقاعدة أخف الضررين أى دفع الضرر الأكبر بالضرر الأصغر . وقد عرف الرأى الأخير مجاله في التطبيق العملى فى بعض السوابق الفعلية . من ذلك معاهدتا الصلح اللتان أبرمهما كل من معاوية بن أبى سفيان وعبد الملك بن مروان مع البيزنطيين على أن يدفع لهما مبلغا من المال حتى يأمنوا شر هجومهم على الدولة الإسلامية بينما كان كل من الخليفين مشغولا بالفتن الداخلية .

وفى الرأى الذى اعتمده — بناء على أن الضرورات تبيح المحظورات — فإن مثل هذا الشرط يصح إذا دعت إليه ضرورة ملحة كأن يخاف على المسلمين

المهلك أو الأسر لأن المال هنا يكون بمثابة ابتداء للأمة . وهو وأن كان صغاراً إلا أنه يدفع صغاراً أدهى وأمر وهو القتل والأسر والسبي . ولعل سابقة عرض الرسول على غطفان في موقعة الخندق نسبة من تمر المدينة ما يؤيد جواز مهادنة العدو في حالة الضعف على أن ندفع له مالا .

٤ - الرهائن ، فقد تأثر العمل الدبلوماسي الإسلامي — في إبرام المعاهدات — بما كان شائعاً في وقته فكثيراً ما كان الطرفان يحتجزان رهائن من بعضهما البعض لضمان تنفيذ المعاهدة .

وإذا كان الرهائن المسلمون كثيراً ما يقتلون غدراً فان رهائن غير المسلمين كانوا يعاملون في دولة الإسلام بالتجلة والاحترام . وكانت عادة المسلمين إطلاق الرهائن وحراستهم إلى مأمنهم إذا ما انتهكت دولتهم المعاهدة ونشبت الحرب ، في حين كان العرف السائد عند غير المسلمين هو أسرهم أو قتلهم .

وقد اضطر معاوية بن أبي سفيان عند عقد معاهدة الصلح مع البيزنطيين أن يأخذ منهم رهائن ضماناً لعدم غدرهم ولكنهم غدروا به ، فرد عليهم الرهائن قاتلاً إن مقابلة الغدر بالوفاء خير من مقابلة الغدر بالغدر .

وبدهى أن اجراء أخذ الرهائن ليس حكماً من أحكام النظرية الإسلامية وإنما هو تصرف دعت اليه ظروف الحياة الدولية في حينه تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل . ومن ثم فأننا في غنى عن أن نناقشه بمزيد من التفصيل (Hamidullah , Muhammad-The Muslim Conduct of State, Hyderabad, 1945, P. 276) .

وكان الرومان يسيرون على قاعدة أخذ الرهائن من الخصم ولا يعطونهم رهائن من قبلهم لأن إعطاء الرهائن في نظرهم كان دليلاً على أن من يعطيها هو في مركز أدنى ممن يأخذها . وكان عدد الرهائن يعتمد على أهمية المعاهدة . ويعاد الرهائن إذا تحقق الشرط الذي أعطوا من أجله وإذا لم يحدد أجل بقوا أبداً مثل حالة ديمتريوس ابن كسكلوس الرابع. وإذا لم يتحقق الشرط فقد يتعرض الرهينة لاجراءات غير رحيمة . والذي يستقر عليه القانون الدولي المعاصر هو تحريم أخذ الرهائن ، وهو اتجاه لا يتعارض مع نمط النظرية الإسلامية .

بمى فى تقويم الاحكام الموضوعيه للمعاهدة فى النظرية الإسلامية أن اناقش
علاقتها بالاحكام التى وردت فى شرائع الانبياء الذين سبقوا محمدا عليه الصلاة
والسلام فى تبليغ رسالته . والذى يدعونى إلى مناقشة هذه النقطة هو واقع
الجماعة الدولية المعاصرة التى ترابطت اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا على نحو غير
مسيوق فى تاريخ البشرية بحيث يصعب على الدولة الإسلامية الآن أن تقف
بمعزل عن الدولة المخالفة بل وإن دخولها فى معاهدات تتضمن أحكاما من
شرائع سابقة امر لا بد أن يثور فى أكثر من مناسبة ، ولذا كان لزاما أن نعرض
بكلمة سريعة لمدى سلامة المعاهدة التى تبرمها الدولة الإسلامية ونتضمن
أحكاما من تلك الشرائع . والسؤال هنا لا يفترض وجود الظروف الاستثنائية
التي تبرر أحكاما غير الاحكام العادية . لقد تعرضت لأحكام « شرع من
قبلنا » وعلاقة الشريعة الإسلامية بما سبقها من شرائع فى موقع آخر من هذا
السفر ولكنى لا أرى غضاضة فى أن أعرج عليها هنا بعجالة . يقسم
الفقهاء — عند بحث هذه المسألة — الاحكام الواردة فى شرائع السابقين إلى :

١ — أحكام لم يرد لها ذكر فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله . وهذه متفق
على أنها ليست مشروعة للمسلمين .

٢ — أحكام وردت فى القرآن الكريم أو جاءت على لسان الرسول وهذه
تنقسم بدورها إلى ثلاث فئات :

(أ) أحكام قام الدليل على أن الله رفعها عن المسلمين ، مثال ذلك الغنائم
التي يستولى عليها القائمون فى الحروب فقد قال الرسول « أحلت لى الغنائم ولم
تحل لاحد قبلى » ، فهذه بالاتفاق لاتلزم المسلمين .

(ب) أحكام قام الدليل فى الشريعة الإسلامية على أنها مشروعة فى حق
المسلمين ، فهذه يجب على المسلمين أتباعها ، مثال ذلك قوله تعالى « يأياها
الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم » (البقرة /

١٨٣) .

(ج) أحكام مطلقة مسكوت عن حكمها إذ لم يرد دليل مشروعيتها كما لم يرد دليل بعدم مشروعيتها كقوله سبحانه وتعالى « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر » (البقرة / ٢٨) . وهذه يختلف الفقهاء حول حكمها فمنهم من يرى أنها ليست شرعا للمسلمين لأن الأصل في شرائع من قبلنا هو الخصوص يقوم معينين أما الشريعة الإسلامية فعامّة وناسخة لما قبلها ، وعلى هذا بعض أصحاب الشافعي وأحمد في رواية والأشاعرة والمعتزلة . ومنهم من قال بأن هذه الأحكام تكون شرعا في حق المسلمين وعليهم اتباعها لأن ورودها في القرآن أو السنة دون انكار هو اقرار ضمنى لها ، ومن هؤلاء اصحاب ابي حنيفة وبعض المالكية وبعض اصحاب الشافعي ورواية عن أحمد . وحجتهم في ذلك قول العزيز الحكيم « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى » (الشورى / ١٣) ، وترتاح نفسى لهذا الرأى الأخير لأنه أكثر انسجاما مع تحقيق أساس من الأسس الإسلامية الجوهرية وهى تحقيق الكلمة السواء بين المسلمين وأهل الكتاب « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء » (ال عمران / ٦٤) ، ثم انه أكثر اتساقا مع واقع الحياة الدولية اليرم . هذا فضلا على أن سوابق الرسول الكريم تكاد ترجحه فهو كان أكثر ميلا لموافقة أهل المدينة فيما لم ينزل فيه حكم ، كما في صوم عاشوراء .

ويمكن أن اخلص مما سلف إلى أن الدولة الإسلامية تستطيع أن تبرم مع دولة مخالفة — بل مع دولة اسلامية اخرى — معاهدة تتضمن أحكاما مستمدة من شرائع من قبلنا مادام أن هذه الأحكام قد أقرتها نصوص القرآن والسنة أو على الأقل أوردتها على اطلاقها دون اقرار أو انكار — ولاشك أن هذا يضمن على العلاقات الدولية سمات ويوفر لها اعتبارات تجعل تلك العلاقات أكثر يسرا ومرونة .

فاذا أضفت إلى ذلك أن عددا من الفقهاء — ومن اوائلهم سهيل — يرون أن الدولة الإسلامية يمكن أن تبرم معاهدات غير محددة الأجل مع المخالفين .

وأن هؤلاء المخالفين قد يكونون من أهل الكتاب وقد يكونون من غير أهل الكتاب في معنى أن الطرف الآخر للمعاهدة التي تبرمها الدولة الإسلامية لا يلزم حتماً أن يكون دولة إسلامية بل يمكن أن يكون دولة تدين بعقيدة لها كتاب مقدس أو ليس لها كتاب مقدس بل إننا إذا أخذنا بوجهة النظر المالكية فإن الدولة الإسلامية يمكن أن تعاهد الدول الوثنية . (راجع كتاب المؤلف :

The Muslim Conception of International Law and the Western.

Approach. The Hague. 1968 pp. 197-98.) نجد أن دائرة النظرية الإسلامية

يمكن أن تتسع لتغطي العلاقات السلمية والمعاهدات الدولية التي تبرمها الدولة الإسلامية مع أية دولة أخرى بغض النظر عن عقيدتها كتابية كانت أم مشركة . « ووافوا بعهدى أوف بعهدكم وإياي فارهبون » (البقرة/ ٤٠) .

أما وقد قدمت ما قدمت فإن لنا أن نتساءل على هدى مما أسلفت عن حكم دخول الدولة الإسلامية في المعاهدات الجارية حالياً في الجماعة الدولية ، وأقصاها هنا إلى معاهدات السلام ولا أناقش المعاهدات التي تبرم زمن الحرب .

إن هذه الأنماط يجب ألا تتعارض مع القواعد الإسلامية الآمرة فإن هي تعارضت كان دخول الدولة الإسلامية فيها مخالفاً لقاعدة من قواعد النظام العام الإسلامي وتبعاً لا يجوز للدولة الإسلامية أن تدخل في معاهدة كهذه . أما إذا كانت أحكام المعاهدة موافقة للأحكام الإسلامية الآمرة فلا غبار عليها وتبعاً يجوز للدولة الإسلامية أن تدخل فيها .

وإذن فأول نقطة جديرة بالإقرار تتعلق بمبدأ إبرام معاهدة بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية هل يجوز أن تكون الدولة الإسلامية طرفاً في معاهدة جماعية أطرافها الآخرون أو بعضهم غير مسلمين . ذكرت من قبل أن الإسلام دين سلام وأن العلاقات السلمية هي الأساس في الروابط بين الدولة الإسلامية والدول غير الإسلامية . ولما كانت المعاهدة وسيلة من وسائل دعم العلاقات السلمية فإني — كما أسلفت — لا أرى غضاضة من حيث المبدأ في أن تضم المعاهدة الدول الإسلامية وغير الإسلامية مادام أن ذلك يحقق صالحاً.

للمسلمين . وتدل الممارسة الدولية على أن المسلمين — في صدر بالإسلام —
أبرموا معاهدات مع غير المسلمين .

النقطة الثانية هي موضوع المعاهدة إذ يجب — كما ذكرت — أن يكون موضوع
المعاهدة مشروعاً في حكم النظرية الإسلامية فإن لم يكن موضوعها، مشروعاً امتنع على
الدولة الإسلامية أن تدخل فيها فلو أن هناك موادة تجمع بين دول غير إسلامية
تتغيا محاربة دولة أو دول إسلامية في المجالات التجارية والاقتصادية يحرم على
الدولة الإسلامية أن تكون طرفاً فيها لأنها تناقض مبدأ الأخوة الإسلامية .

النقطة الثالثة تتعلق بالأحكام التي تحتويها المعاهدة . إذ لا يكفي أن يكون
موضوع المعاهدة — أى غايتها أو هدفها — مشروعاً بل إن أحكامها يجب
كذلك أن تكون مشروعة في حكم النظرية الإسلامية ذلك أن المعاهدة — كما
أسلفت — هي تشريع دولي وتبعاً فانها تضع انماطاً أو قواعد .

النقطة الرابعة هي مدة المعاهدة وقد انحزت إلى الرأى الذى لا يقيد
المعاهدات مع الدول غير الإسلامية بمدة زمنية وتبعاً فان للدولة الإسلامية أن
تدخل مع دول غير إسلامية في معاهدات غير محددة المدة بداءة . وإذا أردت
أن اضرب مثلاً عملياً لتطبيق ما أوضحت آنفاً من أحكام واتخذت من ميثاق
الامم المتحدة مثلاً أجد أن موضوع الميثاق مشروع لأنه أبرم لتحقيق السلم
والامن الدوليين ودعم الرفاهية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة الدولية وتلك
مقاصد يستهدفها الإسلام . بيد أن من أحكامه ما يثير التساؤل
طبقاً للنظرية الإسلامية . فهناك مثلاً حق النقض (الفيتو) الذى تتمتع به
الدول ذوات المقاعد الدائمة في مجلس الامن وكلها دول غير إسلامية . إن هذا
الحق يعطى للدول المذكورة علوية على الدول الإسلامية في حين أن العلوية
يجب أن تكون دائماً للدول الإسلامية طواعية لقوله عز وجل « ولا تنهوا
ولا تحزنوا وأنتم الاعلون إن كنتم مؤمنين » (آل عمران / ١٣٩) . بيد أن
هذه العلوية محجوبة في هذا الزمان عن الدول الإسلامية بسبب الضعف
العسكري والاقتصادى والتفانى الذى تعانيه فهى اذن في وضع استثنائى يفرض

عليها حكم الضرورات التي تبيح المحظورات ولذا يمكن أن نقول نجاوزا إن الدولة الإسلامية تستطيع — على سبيل الاضطرار — أن تقبل هذا الحكم مؤقتا إلى أن تتوافر لها الشوكة التي تستطيع أن تهربها عدو الله وعدوها . لأن من أحكام ميثاق الأمم المتحدة ما لا يتفق مع أحكام النظرية الإسلامية ولذلك فإن الرأي عندى هو أن مشروعية انضمام الدول الإسلامية إلى الميثاق لا تبررها إلا حالة الضرورة . وتبعا فإن على الدول الإسلامية أن تضع في اعتبارها أن عضوية هذا الميثاق لا تبررها إلا حالة الضرورة . وتبعا فإن على الدول الإسلامية أن تضع في الحسبان أن تعديل هذا الميثاق بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية غاية لا استمرار بقائها طرفا فيه إن هى بلغت شأوا يعدها لأن تتمسك بأحكام شريعتها الغراء والا وجب عليها عندئذ أن تنهى عضويتها إذا لم تتمكن من تنقيح الميثاق .

وقد يكون من المناسب أن أضيف كلمة هنا عن الانضمام إلى المعاهدات . وتنقسم المعاهدات — بالنسبة لهذه المسألة — إلى فئتين : فئة المعاهدات المغفلة التي لا تسمح للغير بالانضمام للتلقائى إليها ، وفئة المعاهدات المفتوحة التي تنحى نصا يميز انضمام الغير إليها .

وتعرف النظرية الإسلامية هاتين الفئتين : ومثل المعاهدات المغفلة معاهدات الأمان لدولة بعينها . ومثل المعاهدات المفتوحة معاهدة الحديبية فقد احتوت على نص صريح يميز انضمام الغير إليها وتجربى عبارته على النحو التالى : « من أحب أن يدخل فى عقد محمد وعهده دخل فيه ، ومن أحب أن يدخل فى عقد قريش وعهدهم دخل فيه » . أى أن المعاهدة تفتح باب الانضمام أمام قبائل العرب كى تنضم إليها إلى جانب أحد الطرفين الأصليين .

وقد انضمت قبيلة بنى بكر ودخلت فى عهد قريش وانضمت قبيلة يجرزاعة ودخلت فى عهد المسلمين ، والطريف أن هذا الانضمام أدخل القيلتين اللتين كانتا البربر لفتح مكة إذا اعتدت حليفة قريش على حليفة المسلمين فاستجارت

خزاعة بالرسول فانتصر لها وزحف على مكة ثم كان الفتح المبين ودخول الناس في دين الله أفواجا .

وبدهى أننا لانتوقع أن يجرى الانضمام بالشكليات التي نعرفها اليوم عند الانضمام . ولكن الذى يهم هو أن مدرك الانضمام — كقاعدة عامة — كانت له تطبيقاته الواضحة في النظرية الإسلامية والدعوة لازالت في بداياتها .

التحفظات على المعاهدة :

لم تشغل مشكلة التحفظات بالالفهاء الدوليين إلا مؤخرا ، ولعل مرجع ذلك هو إلى أن المعاهدات الجماعية — وهي المجال الحقيقي للتحفظات — لم تصبح واقعا جاريا في العمل الدولى إلا في تاريخ غير بعيد . ولعل افتقار السوابق الإسلامية الأولى إلى المعاهدات الجماعية كان كذلك سببا في عدم تعرض النظرية التقليدية لهذا البحث اطلاقا .

وقد عرف مشروع هارفارد التحفظ بأنه بيان رسمى تخصص بمقتضاه الدولة — لدى التوقيع على المعاهدة أو تصديقها أو الانضمام إليها — أحكاما معينة تحد من أثر المعاهدة في علاقة الدولة بالدول الاخرى أطراف المعاهدة . وذلك كشرط لقبول الدولة أن تصبح طرفا في المعاهدة .

ومن ثم فإن التحفظ يتميز بأنه اعفائى أى يعفى الدولة من تطبيق بعض أحكام المعاهدة .

وقد بنت عصبة الامم قاعدة القبول الجماعى للتحفظات إلى حد أنها أصبحت تعرف باسم قاعدة العصبة . ومعناها أن رضاء اطراف المعاهدة جميعا بما يرد عليها من تحفظات امر ضرورى لسريان التحفظ . ولكن الامم المتحدة قررت — بمناسبة التحفظات التي ارادت بعض الدول اجراءها على اتفاقية الاصطلام (ابادة الجنس البشرى) — أن تستفى بحكمة العدل في حكم التحفظات . وقد أفتت المحكمة في فتواها أن المشكلة تمس مبدأين جوهرين هما : أن الدولة لايمكن أن تقيد في علاقاتها الوفاقية دون رضاها . وأنه لا بد

لكافة الدول الاعضاء — كي تحافظ على وحدة الوفاق — من أن تقبل التحفظ . ولكن المحكمة اتجهت إلى التخفيف من حدة تناقض المبدأين انسجاماً مع الصفة العالمية للامم المتحدة ومايستتبع ذلك من الحرص على توسيع رقعة الدول المنضمة إلى الوفاقات التي تتبنى الامم المتحدة مشروعاتها وانتهت إلى جواز اجراء التحفظات على المعاهدات حتى ولو كانت محل اعتراض من قبل اطراف آخرين في المعاهدة مادام أن التحفظات تتفق مع اغراض وأهداف تلك المعاهدة . وإذا كان لكل دولة رخصة رفض التحفظ فانها يجب — في ممارستها لهذه الرخصة — أن تهتدى بمعيار التناسق بين التحفظ وبين أهداف المعاهدة .

ولكن ما حدثت به لا ينفي أنه إذا كانت المعاهدة قد توقعت مشكلة التحفظات ونصت ازاءها على حكم فان هذا الحكم هو الذي يتبع إذ لا اجتهاد مع النص إذا ثبتت قطعيته

بعد هذا العرض السريع لحكم التحفظات في القانون الدولي المعاصر اتجه إلى النظرية الإسلامية لاستجلاء حكم التحفظات فيها . إن هذا البحث في نظري يمكن استنباط افكاره العامة من الاحكام الخاصة بالشروط وذلك بالنسبة للدولة المتحفظة — ومن الاحكام الخاصة بالخيارات وذلك بالنسبة للدولة أو للدول الاطراف الاخرى في المعاهدة . وإذا كنت استعين باحكام الفقه المعاصر في وضع أحكام القانون الدولي فقد كانت تلك سنة الفقه الغربي عندما بدأ ارساء أحكام القانون الدولي الحديث ، فضلاً على أنني اسلفت بأن القانون الدولي الداخلي فرعان من نظام واحد . ثم انني لا آخذ الامور على عواهنها بل اسبغ عليها الطابع الدولي بما يناسب المقام . وأفضل ما اجملته في السطور التالية :

الشرط — في معناه الواسع — هو المتطلب الاساسي العام لمشروعية تصرف قانوني ، وهو بذلك يقابل العناصر الاساسية في العقد التي يطلق عليها أركان العقد .

ذلك أن المتعاقدين يجدان في بعض الاحيان أن الآثار التي رتبها الشارع على العقد لا تحقق اغراضيا فيضطرا إلى التغيير فيها اما بالزيادة أو بالنقص في اثناء العقد . فيضيف احدهما في الصيغة قيدا على هيئة شرط يقبله الآخر فيحدد من اثر الصيغة الاصلية بالنسبة لأحدهما لصالح الآخر .

إننا إذا انعمنا النظر نجد أن التحفظ — في قانون الامم المعاصر — لا يمكن اضافته الا اثناء ابرام المعاهدة لان المتحفظ إذا كان طرفا في المعاهدة وجب عليه أن يقدم تحفظه قبل اتمام اجراءات امضاء المعاهدة بتبادل التصديقات . وكما أن المنضم انما يبدى تحفظاته اثناء الانضمام ، اى اثناء صدور الايجاب منه بقبول الالتزام بأحكام المعاهدة ، فان الامر — لسريان تحفظات معينة — يتوقف على قبول الاطراف الاخرى ولذا فان التعريف الإسلامي يختلف هنا عن المفهوم المعاصر لوقت ابداء التحفظات .

ويقابل التحفظ في النظرية الشرعية أحكام الشروط لآخر — في الشريعة الإسلامية — ولا يلزم هذه الشروط من أن تكون استقلالية أو تبعا اعتمد . فان كانت استقلالية فهي لغو لقيمة له فلا تلزم المشتري ولا المشتري له ولا القابل . والواقع أنه لا يوجد شرط مستقل لان معنى الشرط أن يكون عقدا . وأن يشترط أحد العاقدين شيئا فيه ، وهذا هو الشق الثاني من البحث فيكون الشق الاول — وهو وجود شرط استقلالي مجرد فرض .

وأما الشروط التبعية فهي أن يتعاقد اثنان أو أكثر عقدا ملزما ويشترط أحدهما فيه ويستوى الشرط لنفس العاقد أو للغير فما صح اشتراطه لاحد الطرفين يجوز اشتراطه للغير . ويصبح الشرط في العقد للغير فيما يقتضيه العقد وفيما لا يقتضيه ولا ينافيه ، ولا يصح فيما لا يقتضيه العقد وينافي المعقود عليه . على خلاف عرضت له عند الكلام على خيار الشرط .

إن الشرط بمفهومه العام السالف لا يخرج — في عمومته — عن المفهوم الاجمالي للتحفظ في القانون الدولي . ومن هنا كان وجه التشابه الذي دفعني

إلى أن استمد أحكام النظرية الإسلامية في التحفظات من الأحكام التي عرضتها بالنسبة للشروط .

والجدير بالذكر أن الشارع لم يترك الشروط لاهواء المتعاقدين وإنما حرص على عدم الاخلال بنظام التعامل . ولذا اباح الشروط لتحقيق رغبات المتعاقدين ولكن في اطار مالا يناقض مقتضيات العقود الاصلية أو قواعد الشريعة وأصولها . وقد روى عن الرسول في شأن الشروط قوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً احل حراماً أو حرم حلالاً » وقوله « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » كذلك يفعل القانون الدولي المعاصر فهو يضع احكاما للتحفظات ولا يتركها مطلقة لهوى المتعاهدين .

ويمكن أن نقول في اجمال إن الشروط العقدية نوعان : مباح يجب الوفاء به . وغير مباح اى منهى عنه . وهذا القول يضعنا أمام مشكلة تحديد الشروط المباحة وتمييزها عن الشروط غير المباحة . وقد اختلف اجتهاد الفقهاء في تحديد معيار التفرقة بين النوعين .

فالظاهرية يتمسكون بظاهر حديث الرسول « كل شرط. ليس في كتاب الله فهو باطل » . ولا يبيحون للعاقدين شيئاً من الشروط إلا إذا ورد به دليل خاص من القرآن أو الحديث وهذا رأى يقابل في مفهومى ماسبق أن اشرت اليه باسم « قاعدة العصبه » ولكن بمنطق اسلامى فهو إذ يشترط النص المبيح يفترض القبول الاجماعى لان الاعتراض على التحفظ لا يكون له سند إذا ماكان اعتراضاً على مايبيحه نصيح النص . ويقف الحنابلة على طرف نقيض من الظاهرية فيطلقون الحرية للمتعاقدين في اشتراط مايرون شريطة الا يكون ذلك منها عنه بنص خاص أو يرد على اصل العقد بالنقض والالغاء . وحجتهم أن الحديث . « المسلمون عند شروطهم » جعل الاصل في الشروط هي الاباحة .

ويتوسط الجمهور من الفقهاء فلا يشترطون نصاً خاصاً في الاباحة ولا يجعلون الأصل الاباحة بل يميلون إلى تقرير ان الأصل في الشروط هو الحظر ولكنهم يميزون شروطاً على سبيل الاستثناء . بيد أنهم يتوسعون في هذا .

الاستثناء عن الظاهرية . وقد استثنى الحنفية أربعة أنواع من الشروط حكموا بصحتها هي :

١ — الشرط الذى يقتضيه العقد *Condictio iuris* كأن بشرط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع . وان شرط الذى يقتضيه العقد لا يثبت شيئا جديدا غير ما يقتضيه العقد ويوجبه . ولذا فان بعض الفقهاء يتشكك فى صحة وصف هذا النوع بأنه شرط مادام أنه لا يضيف إلى موجبات العقد أو ينقص منها .

٢ — الشرط المؤكد لمقتضى العقد . مثل اشتراط رهن بالثمن عند تأجيله . وهذا الشرط يعتبر شرطا ملائما موافقا للعقد .

٣ — الشرط الذى ورد به الشرع . ويشمل ما ورد به نص خاص كاشتراط الزوج على زوجته أن يكون له حق الطلاق إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك . ومألحق به بطريق القياس كخيار التعيين .

٤ — الشرط الذى جرى به العرف . مثل اشتراط المشتري حمل البضاعة إلى مكانه . وهذا الشرط يتوسع فى الشروط الصحيحة إلى حد يكاد يقارب بين الحنابلة والحنفية لأن العرف يمكن أن يطوى نطاقا واسعا من الشروط إذ القاعدة هى اعتبار العرف مادام أنه يخالف نصا أو يناقض قاعدة شرعية .

أما عدا هذه الاستثناءات فان الشرط يكون غير صحيح وهو إما أن يكون فاسدا أو باطلا (راجع المبسوط للسرخسى — ص ١٣ ، ص ١٤ وما بعدها) .

وهذا الاتجاه ينسجم كثيرا مع الفتوى التى ابدتها محكمة العدل الدولية فى شأن التحفظات الخاصة بمعاهدة الاصطلام (ابادة الجنس البشرى) — أما رأى الحنابلة فيتجاوز تلك الفتوى ، وهو عندى الرأى الاكثر قبولا لاسيما بالنسبة للمعاهدات التى يراد لها أن تكتسب أكبر قدر من العالمية . فهو بما يرفعه من حرج عن الدول التى تريد الالتزام بأحكام المعاهدة — يسمح لأكبر

عدد من الدول بتصديق المعاهدة أو الانضمام إليها بما تراه محققا لصالحها مادام أن تلك التحفظات لاتناقض مقتضى المعاهدة أو مايكون قد ورد نهي في احكام الشريعة — أو احكام المعاهدة التي لاتخالف نصا شرعيا عنه .^{٢٦}

والشرط المحظور يعتبر فاسدا إذا كان فيه منفعة لاحد الطرفين كأن تشترط الزوجة عدم انتقالها من البلد الذى تزوجت فيه ، أو منفعة لغير الطرفين كأن يشترط البائع على المشتري أن يؤجر العين لشخص بالذات . والشرط الفاسد لايجب الوفاء به فان كان فى عقد من عقود المعاوضات المالية تعدى فساده إلى العقد فأفسده . وإما كان فى غير تلك العقود كان صحيحا وبطل الشرط . أما عند الحنابلة فان الشرط الذى ورد النهى عنه — كأن يشترط البائع على المشتري أن يهبه شيئا — فانه يتعدى إلى العقد فيفسده .

أما إذا خلا الشرط المحظور من الاوصاف الصحيحة ولم يكن فيه منفعة لاحد الطرفين ولا لغيرهما فهو باطل كأن يشترط البائع على المشتري الا يزرع لمدة سنة . ومثل هذا الشرط يبطل ويبقى العقد صحيحا . ولا أريد أن اطيل فى احكام الشروط فهى باب بذاته ويتجاوز بتفاصيله معالجة تستهدف استبيان الاحكام فى نظرة عامة .

وبين مما سبق أن منافاة الشرط لمقتضى المعاهدة يجعل الشرط فاسدا عند كل من الحنفية والحنابلة ولكن الحنفية توسعوا فى فهم مايعد منافيا فكل مايجد من آثار العقد (المعاهدة) — ولو كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين — يعتبر عندهم منافيا لمقتضى العقد مادام أن ذلك مبطل للمقصود الاصلى من العقد بل قالوا : إن مثل ذلك يعتبر من قصد العقد لان مصلحة العامة مصلحة للعقد ذاته : فلو شرط البائع على المشتري أن يبيع مااشتراه فانه يكون مبطلا للمقصود الاصلى من العقد ، وهو الملك المبيع للتصرف ، بخلاف ماإذا شرط الانتفاع به مدة معينة كسكنى الدار ، أو زراعة الارض ، فانه لا يكون منافيا عندهم .

إن نظرة قاحصة إلى احكام الشروط لابد أن تستثير الدهشة لان ماانتهى اليه الفقه الدولى المعاصر وماأقنت به محكمة العدل الدولية فى شأن التحفظات يكاد

يتناقض مع ماستر به الشقة الإسلامية في شأن الشروع ، إذ ما سمعنا هذه الأحكام على استعداد الدول وبمناهيهم قانوناً إسلامياً .

إن الاهتداء بالمفاهيم الإسلامية التي أوجزت نفسها "بإمامة فيما سلف" ينتقل بها إلى المبادئ التالية :

١ — يجوز للدولة أن تبني تحفظات على المعاهدة التي تتجه إلى الالتزام بأحكامها .

يبد أن بعض هذه التحفظات تعتبر صحيحة شرعاً وبعضها غير صحيحة على ما أسلفت من تفصيل .

٢ — إذا اعترضت دولة متعاقدة على تحفظ فان ذلك لا يمنع من أن تدخل المعاهدة طور التنفيذ في علاقة الدولة المعارضة بالدولة المتحفظة ما لم تبد الدولة المعارضة قصداً مغايراً بطريقة قطعية .

٣ — يصبح تصريح الدولة الذي يفصح عن قبولها للالتزام بمعاهدة والذي يحتوي على تحفظ فعالاً حالماً تقبله دولة أخرى متعاقدة على الأقل . وعندئذ تصير الدولة المتحفظة طرفاً في المعاهدة في علاقتها بالدولة التي قبلت التحفظ .

٥ — يتطلب التحفظ موافقة الجهاز المختص بالمنتظم إذا كانت المعاهدة وثيقة منشئة لمنتظم دولي وذلك ما لم تنص المعاهدة على غير ذلك .

وتضيف معاهدة فينا للمعاهدات قرينة قانونية على قبول التحفظ إذا لم تعترض الدول عليه خلال اثني عشر شهراً من ابدائه . وهذا حكم لا يرى غضاضة في قبوله ضمن أحكام النظرية الإسلامية لانه من الاستعارات التي تقتضيها الحياة المعاصرة ولا يخالف أصلاً من أصول النظرية الإسلامية .

هذا هو الحكم بالنسبة للدولة المتحفظة فما هو الحكم بالنسبة للدول الأخرى اطراف المعاهدة ؟ .

إن الاجابة على هذا السؤال يمكن الاستدلال عليها — فيما أرى —

بالرجوع إلى القواعد الخاصة بالخيارات . والخيارات مفردها الخيار وهو شق من الاختيار ومعنى الخيار لغة طلب خير الأمرين أو الأمور . ولا يبعد المعنى الفقهي عن المعنى اللغوي . فالفقهاء يقصدون بالخيار أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما الحق في تخير أحد الأمرين : إما امضاء العقد وتنفيذه . وإما فسخه ورفع من أساسه .

والخيارات منها ماورد به نص خاص — كخيار الشرط — ومنها ماثبت بالقياس — كخيار النقد والتعيين ، ولذا فإن الفقهاء — وإن اتفقوا على بعضها — إلا أنهم يختلفون على الكثير منها . فبعضهم يعدها ثلاثة عشر (ابن نجيم المصري الحنفى — البحر الرائق ، ج ٦ ، ص ٢ وما بعدها) . وآخرون يعدونها ثمانية عشر (السيوطى — الأشباه والنظائر ، ج ٢ ، ص ١٩٤ وما بعدها) . وفريق ثالث يعدها تسعة عشر (حاشية ابن عابدين « إرد المختار » الدر المختار شرح تنوير الأبصار » ، ج ٤ ، ص ٩٦ ، وما بعدها) .

ولكننا لا نحتاج للالتجاء إلى الأحكام الخاصة بالخيارات إلا فى بعض الفروض دون البعض الآخر . فقد سبق أن استعرضت الأحكام الخاصة بالشروط وأوضحت فى ذلك العرض أن من الشروط ما هو باطل ومنها ما هو فاسد ومنها ما هو صحيح . فإن كان الشرط باطلاً أو فاسداً فإن بطلانه أو فساده يفتى الدولة الطرف الآخر عن أن تلوز بقواعد شرعية اضافية اذ يكفى الطعن ببطلان الشرط أو فساده لاهداره واسقاط وجوبه أصلاً .

أما إذا كان الشرط صحيحاً ولم تكن الدولة الطرف الآخر قابلة له فهنا تملك الدولة — على المفهوم الذى اقبله — أن تلجأ إلى قواعد الخيارات للتخلص من حجية هذا الشرط والزامه .

ويثبت الخيار لطرفى المعاهدة — كما يثبت لطرفى العقد — وهو يثبت بإيجاب الشارع حتى ولو لم يشترطه الطرفان . ويختلف الفقهاء فيما إذا كان يحق لاحد الطرفين أن يشترط الخيار لاجنبى . ويقع الفسخ الذى يريده صاحب الخيار

دون توقف. على قضاء القاضى فى بعض الخيارات وقد يتوقف على رضا القاضى — على خلاف — فلا يثبت قبله .

وفى تقرير القواعد التى يمكن أن تحتج بها الدولة الراضة يمكن أن نستعين بالقياس إذا تطلب الأمر ولذا فإننا لسنا مقيدين — فى هذا النطاق — بما ورثناه عن الفقه التقليدى من اجتهاد مكتفين بالحكم العام للخيار وهو حق الدولة فى أن تختار ماتراه أكثر تمشياً مع مصالحها بين قبول الشرط واهداره . ويمكن — فى عملية القياس التى نقوم بها لاستنباط الاحكام المعنية — أن نتخذ من خيار الشرط اساساً فى شأن المعاهدات التى تتضمن شرطاً يعالج التحفظات فيكون للدولة أو الدول الطرف الآخر — فى حدود مانص عليه الشرط الوارد بالمعاهدة — أن تقبل التحفظ الذى تشترطه الدولة المتحفظة أو أن ترفضه إذا كان الشرط يسمح لها بذلك وعلى النحو وفى خلال المدة التى ينص عليها هذا الشرط .

أما إذا تضمنت المعاهدة نصاً يبيح التحفظات فالقاعدة عندى أن الدولة أو الدول الطرف الآخر لا تملك أن ترفض هذا التحفظ مادام أنه صحيح شرعاً أى مادام أنه مؤكد لمقتضى العقد أو ورد به الشرع أو جرى به العرف ، ورأى هذا أدخل فى باب الاستحسان منه فى باب القياس . وأناقش الاستحسان تفصيلاً فى مبحث لاحق وأوجزه هنا .

لقد استعمل الشافعى اصطلاحى « الاستحسان » و « رأى » كصنوين واستخدم مالك الاصطلاح للتعبير عن الآراء التى لا يجد لها سنداً من السنة (مدونة ابن القاسم . القاهرة ١٣٢٣ هـ . ج ١٦ ص ٢١٧) . وقال أبو يوسف فى كتاب الخراج عن الاستحسان انه ما يراه هو واستحسنه (كتاب الخراج . طبعة بولاق . ١٣٠٢ هـ ص ١١٧) . وقد رفض الشافعى الاستحسان وايدى الحنفية وربما كان رفض الشافعى لأن التعبير لم يكن قد اكتسب معنى دقيقاً محدداً بعد . وهو يعنى الآن الحكم الذى يخالف القياس لاي سبب كان ولذا يطلق عليه البعض مسمى « القياس الخفى » مقابل « القياس الظاهر » وهو الذى يعرف بالقياس عموماً . والاستحسان لغة وجود

انتهى، حسنا يقول الرجل استحسن كذا أى اعتقدته حسنا على ضد الاستقبح . أو معناه : طلب الاحسان للاتباع الذى هو مأمور عليه به كما قال تعالى « فبشر عبادى الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » . (راجع فى الاستحسان ماورد فى الدراسة الخاصة بضوابط التفسير) .

إن الأساس الشرعى الذى استند اليه فيما اسلفت هو أن الخيارات جاءت على خلاف القاعدة إذ تسمح لاحد الطرفين بأن يستقل وحده بانهاء العقد فى حين أن القاعدة العامة تجعل من العقد شريعة للمتعاقدين ولذلك سار وفاق فيينا على هدى القاعدة العامة وأن كان قد تخفف منها بعض الشيء بالقرائن التي تبناها والتي يمكن اهدارها لو أن الطرف الذى لا يريد أن يلتزم على غير ارادته ابدى اعتراضه خلال الاجل المضروب لذلك . بيد أنني احب أن اوضح امرا قد لا يبدو جليا فى عرضى السابق ذلك أن ماعرضه من احكام للخيارات قصدت به أن يكون هاديا لصياغة النصوص التي تضبط حق الدول فى قبول أو رفض التحفظ إذا رغبت الدول فى أن تورد نصا بذلك فى المعاهدة . اما اذا خلت المعاهدة من نص فان رأى عندى هو ماقدمت وهو سقوط الخيار اكتفاء بتطبيق ماأسلفت من القواعد الخاصة بالتحفظات .

ومن ثم فان النظرية المعاصرة تتفق فى عمومها مع النظرية الإسلامية فى شأن التحفظات . ولعل النقطة التي تحتاج الى ابراز فى المقارنة بين النظرتين هي أن النظرية الإسلامية — على خلاف بين المذاهب — واضحة فى قبول التحفظات التي جرى بها العرف ورفض التحفظات التي ورد النهى عنها ، اما النظرية المعاصرة فليست جلية فى شأن هذين الفرضين ، إذ لانستطيع أن نقول إن التحفظات التي تتفق مع ما جرى به العرف جميعها تحفظات صحيحة لاسيما وأن فتوى محكمة العدل اقتصرت — فى تصحيح التحفظات — على مايقابل فى النظرية الإسلامية التحفظات التي يقتضيها العقد أو المؤكدة لمقتضاه . كما أن ابطال التحفظ لورود النهى عنه له مايرره فى النظرية الإسلامية التي تعرف — كما قدمت — قواعد من النظام العام الامر الذى يصعب أن نجد له عديلا مطابقاً فى النظرية المعاصرة ولانسى هنا أننا أمام تشريع تعاقبى وليس عقداً .

١ - القوة الملزمة للمعاهدات بالنسبة لاطرافها :

لامراء في أن المعاهدة تعتبر حجة على من ابرموها و نافذة في حقهم غير أن الجدل يثور حول أثر المعاهدة بالنسبة للغير ، اى الدول التى لم تسهم بارادتها الشارعة في سن المعاهدة .

ولكن ماهو المفهوم القانونى للقوة الملزمة للمعاهدة في النظرية الإسلامية ، ومامدى هذا الالتزام ؟ هناك حقيقتان توضحان الاجابة على هذا السؤال ، هما :

(١) أن قوة الزام المعاهدة بالنسبة للطرف الآخر تكمن في مدرك الذمة الإسلامية .

(٢) السمة الإلهية للالتزام في النظرية الإسلامية .

والحقيقتان متكاملتان إذ تندمج احدهما في الاخرى أو كما يقولون فهما وجهان لعملة واحدة ، ذلك أن الدولة الإسلامية عندما تبرم معاهدة إنما تعطى ذمتها وذمة الله ورسوله إلى الطرف الآخر بوصف أن العهد عهد الله « وأوفو بعهد الله إذا عاهدتم » (النحل / ٩١) . « الذين يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق » (الرعد / ٢٠) .

ومن السمات المميزة للمعاهدة الإسلامية أنها تتضمن عبارات لتوكيد الالتزام بأحكامها وطمأنة الطرف الآخر على أن الدولة الإسلامية سوف تنفذ بأحكامها . وتجري هذه العبارات حول منح ذمة الدولة المتعاهدة وكذا ذمة الله ورسوله للطرف الآخر . وفي قول آخر فإن الذمة تعبر عن توثيق الالتزام . فماذا تعنى هذه الذمة ؟ .

إن مدرك الذمة الذى ابتغى توضيحه هنا هو أثر من آثار مبدأ الجهاد في معنى الحرب المقدسة والذى رتب - من بين نتائج أخرى - تقسمة العالم إلى دار اسلام ودار مخالفين - ودار المخالفين تشمل دار الحرب ودار الصلح أو العهد التى يمكن أن نطلق عليها باللاتينية Civitas foederatae .

والذمة لغة «هى العهد منسوب إلى الذمة. قال الجوهري أهل الذمة أهل العقد وقال أبو عبيدة الذمة الأمان فى قوله عليه السلام ويسعى بذمتهم أدناهم وقدم ذمة معاهدون أى دور ذمة ... وفى الحديث ذكر الذمة والذمام وهما بمعنى العهد والأمان والضمان والحرمة والحق وسمى أهل ذمة لدخولهم فى عهد المسلمين وأمانهم وفى التنزيل العزيز لا يرقبون فى مؤمن إلا ولا ذمة قال الذمة العهد واحلال الحلف ». (لسان العرب لابن منظور ، ج ١٥ ، ص ١١١ — ١١٢) . والذمة فى اسبانيا الإسلامية ، هو اليهودى أما المسيحي فكان يسمى المعاهد .

أما الذمة قانونا فترتب الاعتراف لمن تمنح له شخصية قانونية يتميز بها عن الحرى الذى لا يعترف له بتلك الشخصية مطلقا والمستأمن الذى يكون له حق محدود ، كما ترتب كذلك ضمان حرياته العامة والخاصة . ولذا تنعى الذمة التزام المسلمين بالكف عن اتيان أى عمل عدائى ضد أهل الذمة ، وتحمل المسلمين بالمسؤولية عما يصيب أهل الذمة من اضرار فى أنفسهم أو فى أموالهم .

ويرى الفقهاء أن الذمة عهد ثنائى يخضع — من حيث قوة الزامه وشروط سلامته — للتواعد التى تحكم فى القانون الخاص مايرمه الأفراد من عقود . رتبته ابن تيمية بعد عقد البيع وعقد الزواج وعقد الشبهة (ابن تيمية — آثارم المسلول على ساطم الرسول ، حيدر اباد ١٩٠٤ ، ص ٢٠١) . ولكن هذا القول فى نظرى يعنى الذمة فى مفهوم معين وهو العهد الذى يمنح للذميين لاقرارهم على حقوقهم العامة والخاصة لقاء جزية يؤدونها فهى أقرب ماتكون إلى وفاق حقوق الاقليات المعاصر . ولذا فان طرفه الآخر ليس دولة وإنما رئيس جماعة تنازل عن سيادته الخارجية وأحل سيادته الداخلية لحساب المسلمين الذين يلتزمون بالدفاع عنه داخليا وخارجيا . ولا تكون إلا للنصارى واليهود السامريين والزرادشتين . (النواوى — منهاج الطالب ص ٢٧٦) . ولكن الحنفية يميزونها للوثنيين ماداموا ليسوا من عرق عربى بل إن مالكا يميزها للعرب الوثنيين ماداموا ليسوا قرشيين (شيرازى — التنبيه فى الفقه ، لندن ١٨٧٩ ، ص ٢٩٥) .

ولذا نجد الفقهاء — مثل الشافعى — يعدون نموذجاً لعهد الذمة . وأما الذمة عندى فهى معاهدة أو جزء من معاهدة . ويذهب البعض — فى محاولة للتوفيق — إلى وصف الذمة بأنها تصرف قانونى من نوع خاص *Sui generis* ولا يجوز تبعا أن نقارنه بأى من الصفات القانونية الحديثة . والطريف أن هذا النظر الذى ينفى المشابهة بين الذمة وبين المفاهيم الحديثة يقارن مدرك الذمة ببعض التصرفات القديمة مثل ماعرفه الرومان باسم *deditio* وهى معاهدة كانت تبرم بين ممثل روما وممثل البلد المهزوم يحيل بمقتضاه الأخير إلى روما حقوقه فى السيادة ويجعل من مواطنيه رعايا لروما .

ويبدو أن مصطلح « الذمة » هو المقابل للمصطلح اللاتينى *fides* حيث كان أهل الذمة فى أمان الشعب الرومانى *in fide populi romani* فأصبحوا فى النظرية الإسلامية فى أمان الأمة الإسلامية *in fide populi islamici* . إن الذمة إذن هى صياغة أصيلة للتوسع والاختضاع نرى لها أمثلة عديدة فى العصرين القديم والوسيط بل والانتداب والصاية فى العصر الحديث .

وإذن فالعنصر الأول من العناصر التى تشكل القوة الإلزامية للمعاهدة على المسلمين هو الأمان والضمان الذى يعبر عنه بذمة المسلمين وربهم ورسولهم . أما العنصر الثانى فهو السمة الإلهية للالتزام لأن الله يضيف كل عهد إلى ذاته الجليلة ويجعل من العهد الذى يمنحه المسلمون عهداً يحاسب عليه ويرقب مراعاته . ومن ثم فإن العهد الذى يوثق هو عهد الله عز وجل فمن ينقضه فإنما ينقض عهد الله . لأن نظرة الإسلام إلى العهد هو أنه آمن واطمئنان . ولذلك شبه القرآن الكريم من ينقض العهد بالحمقاء التى تغزل غزلاً وتقوى نسجه ثم تنقضه من بعد تقويته انكاثاً أى شعراً بجزءاً أجزاء صغيرة ، واعتبر أن هذا زلل للقدم بعد ثبوتها « ولا تكونوا كالتى نقضت غزلها من بعد قوة انكاثاً » (النحل / ١٢) . « ولا تتخذوا إيمانكم دخلاً بينكم فتزل قدم بعد ثبوتها » (النحل / ٩٤) .

ولكن هل يعنى هذا أن الله سبحانه وتعالى طرف ثالث فى المعاهدة . إن فهمى للامر يجب على هذا التساؤل بالنفى . ذلك أن تشيئة العهد إلى الذات العلية ووصفه بأنه عهد الله لا يقصد به جعل المولى طرفا فى معاهدة تبرمها دولتان أو أكثر وإنما يقصد به ابراز الاهمية التى يوليها الإسلام للعهود إلى حد أن الله يرقبها رقابة مباشرة ولا يتهاون مع من يخل بها . واضرب مثلا يقرب ما أقول ففى بعض ابلاد يعتبر الاعتداء على الجندى اعتداء على رئيس الدولة ولذا يقدم المعتدى — بقصد تشديد العقوبة عليه — بتهمة الاعتداء على رئيس الدولة . إن هذا فرض جدلى وحيلى قصد به تخويف من تسول له نفسه العدوان على الجندى خشية هذا الافتراض . كذلك نحن فى المعاهدات نقيم تصورا فرضيا بقصد تشديد العقوبة على المخل بها وتخويفه من ذلك الاخلال — على اساس أن الاخلال بها يعتبر فى خطورة واهمية الاخلال بعهد اعطى الله مباشرة . إننا هنا أمام صورة من صور الحقوق التى اجتمع فيها الوصفان : حق الله وحق العباد ، ولذا فان مسئولية استيفائها تقع على عاتق الإمام وينعدم فيها التسامح فى التنفيذ .

ولعل هذه السمة الدينية للالتزام هى التى دعت إلى أن يطلق عليه لفظة « يمين » كذلك . كالم فى قوله تعالى « إن الذين يشتركون بعهد الله وإيمانهم ثمنا قليلا أولئك لاخلاق لهم فى الآخرة » (آل عمران / ٧٧) . « وإن نكثوا ۚ إنهم من بعد عهدهم وظعنوا فى دينكم فقاتلوا ائمة الكفر » (التوبة / ١٢) . « ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها » (النحل / ٩١) . واليمين فى الشريعة الإسلامية هوائى اقرار أو تعهد يؤكد بالله . وكثيرا ماكانت المعاهدات توثق باليمين تأكيدا للالتزام بها واثباتا لأنها عهد امام الله ولم يستحدث المسلمون فكرة توثيق المعاهدات بالقسم فقد عرفته الشعوب القديمة . وفى كتاب Hiad نجد أن Agamemnon يقول موجهها كلامه إلى Menelaus وقد امسك بيده « ايها الأخ المحبوب اننى انذر نفسى حتى الممات لهذه الايمان وأقف إلى جانبك لمحاربة تروجان الذى جرحك وحنث بإيمانه الموثقة لان الاب زيس لايجبى الكاذبين . » .

ويجب بالمعاهدة — حسب المفهوم التقليدي — ما يجب بعقد الامان ولكن هذا القول يكشف عن نظرة قاصرة للمعاهدات ولعل انصاره هم اولئك الذين يظنون أن الامان عدل للمعاهدة في حين أن الامان كما اسلفت يجوز أن يكون صورة من صور المعاهدات وهنا تسمى المعاهدة بمعاهدة الامان وعندئذ يمكن أن نقول إن معاهدات الامان تؤمن العهد على نفسه وماله واهله إذ يلتزم رئيس الدولة الإسلامية بأن يعمل على حماية العهد من اعتداء أى من المسلمين أو الذميين عليه فاذا اتلف واحد من المسلمين أو الذميين مالا لأحد رعايا الدولة الطرف الآخر فعليه ضمانه (ابو بكر بن مسعود الكاساني — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، شركة المطبوعات العلمية ١٣٢٧ هـ ، ج ٧ ، ص ١٠٩) .

ومادام أن المعاهدة قد تكون ذات أهداف متعددة فان لكل معاهدة محلها الذى يجب أن تحترمه الدولة المتعاهدة طبقا لنصوص المعاهدة وذلك بما اعطته الدولة من ذمة وما فرضه الله من رقابة على الوفاء بالعهد .

وتأمر النظرية الإسلامية بوفاء العهد إلى نهايته « فأتوا اليهم عهدهم إلى مدتهم » (التوبة / ٤) .

وواضح أن الآية الكريمة تمنع على المسلمين أن يغدروا بمعاهدتهم فلم يغدر الرسول بعهوده . وقد قيل للرسول إن المشركين سينقضون العهد فقال : وفوا لهم واستعينوا الله عليهم . ولا يصح أن تكون الرغبة في التوسع الاقليمي أو السعى إلى تدعيم السلطان الزمنى سببا في الغدر . ولذلك نعت الآية على الغدر أن تكون امة اكثر عددا وعدة من أخرى وأوسع أرضا وأقوى سلطانا « تتخذون إيمانكم دخلا بينكم أن تكون امة هي أولى من أخرى » . (النحل : ٩٢) ، وقارن النظرية الإسلامية بما جرى عليه العمل الرومانى واضرب مثلا له بعبارة جاءت في معاهدة ابرمت بين امير تشنج وامراء متحالفين غزوا بلاده سنة ٥٤٤ ق . م حيث جاء في الديباجة أن آلهة الجبال والانهار وأرواح الاجداد ترقب انفاذ هذه المعاهدة وتستمطر لعنات الالهة على من لا يرقب في الطرف الآخر إلا ولا ذمة . وكانت السمة الالهية واضحة في

المعاهدات التي أبرمها اليونانيون وكان الاله Janas هو حامى الاحلاف (يقابله Jupiter fidius فى روما كما سبق أن ذكرت) .

تنقيح المعاهدة :

كذلك من بديهيات الامور أن يكون لكل دولة طرف فى معاهدة الحق فى تنقيح المعاهدة إذا تضمنت نصوص المعاهدة نصا بذلك . والمبدأ العام أنه لا يجوز تنقيح المعاهدة — أى تعديلها أو إعادة النظر فيها — الا برضاء اطرافها وذلك مالم يوجد نص صريح فى المعاهدة بغير ذلك . ولكن نظرة إلى التاريخ الدبلوماسى تبين لنا أن هذا المبدأ لم يحظ فى القانون الدولى المعاصر باحترام الدول الكبرى دائما . فمثلا عدلت اتفاقات نهر الدانوب عدة مرات حسب هوى الدول الكبرى على حساب مصالح بعض الدول الساحلية التى قدر أن قبولها لاضرورة له . وحدث الامر ذاته بالنسبة للمعاهدات المتعلقة بالمضائق التركية . فهل تقبل النظرية الإسلامية أن تنفرد الدولة الإسلامية بتعديل أو بتنقيح المعاهدات حسبما تمليه مصالحها .

يشترط الفقهاء بصحة المعاهدة الا تتنافى مع ما هو واجب من عزة الإسلام ، ولكن ظروف الضعف والوهن أو الاعتبارات السياسية الدولية قد تعرض على الدولة الإسلامية أن تقبل معاهدة تنافى عزة الإسلام وعندئذ تصح المعاهدة إلا طبقا لنظرية الضرورة .

يبد أن الضرورة كما تقضى على الدولة الإسلامية بقبول ما لا يتفق مع مصالحها فإنها يمكن أن تكون مبررا لان تتحرر الدولة الإسلامية من أحكام المعاهدة إذا ما اقتضت ذلك مصالحها .

والضرورة هى العمل على (اى الحصول على) أو بقاء (اى المحافظة على) المصالح الضرورية الخمسة — أن يحفظ على الخلق دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم — كذلك دفع ما يترتب عليه فوات إحدى تلك المصالح لان حياة الناس الدينية والدنيوية إنما تعتمد على المحافظة على هذه المصالح الضرورية بحيث إذا ضاعت أضاعت على المرء دنياه وآخره .

بيد أن نظرية الضرورة من النظريات التي يحيط بها غموض ليس من الميسور على الفقه استجلاءه بطريقة تيسر تطبيقها وتضبط علاقاتها — وكذلك الأمر تلبية للقوة القاهرة . ومن هنا فأن أفضل استقراء أفكار أخرى للإجابة على هذا التساؤل ولعل نظرية تغير الأوضاع هي ما أوصى هنا باستمزاجه .

تغير الأوضاع :

فماذا يكون الحكم لو تغيرت الظروف والأوضاع . هل يبقى الحكم كما هو ويكون على الدولة الإسلامية أن تتم العهد إلى مدته بغض النظر عن هذا التغير والتبدل حتى ولو كان جذريا ؟؟

إن النقطة الأساسية الجديرة بالبحث هي قواعد العرف الدولي التي تسمح بتنقيح المعاهدة ويمكن أن نجمع هذه القواعد في ثلاثة هي : القوة القاهرة ، حالة الضرورة ، مبدأ بقاء الأوضاع على حالها أو تغير الظروف والأوضاع . ونظرا لأن المدركين الأولين — القوة القاهرة والضرورة — هما كما قلت من المدركات التي تستعصى على الدراسة الموجزة فضلا على أنها تغطي كافة انطقة القانون ولا تقتصر على القانون الدولي العام فحسب بحيث يمكن الرجوع إليها في مختلف الدراسات القانونية فأنني اجتزئ هنا بالكلام عن المبدأ الأخير وهو مبدأ تغير الأوضاع *Clausula rebus sic stantibus* الذي جرت لغة الفقه الدولي على تسميته بشرط بقاء الأوضاع على حالها. ويجب ألا نخلط بين تغير الأوضاع وبين كل من القوة القاهرة والضرورة . صحيح أن تغييرا في الأوضاع يحدث في هذه الفروض ولكن هذا التغير لا يلعب بذاته دورا حاسما في حين أن التغير الذي نقصد إليه في قاعدة تغير الأوضاع هو تغير من طبيعته أن ينال من كيان المعاهدة ذاته . (راجع مزيدا من التفصيل في جعفر عبد السلام — شرط بقاء الأوضاع : القاهرة ، ١٩٧٠) .

يعرف الفاريز هذا الشرط بأنه الشرط الذي يمكن للدولة بمقتضاه أن ترفض تنفيذ معاهدة إذا كانت الظروف التي أحاطت بإبرامها قد تغيرت تغيرا جوهريا ولكن فريقا من الفقهاء — ويقف كلسن على رأسهم (Kelsen- Theorie du

(. droit international public. RCADI 1953. T. III, P. 163. — يهاجمون هذا

الشرط بدعوى أن الهدف الجوهرى للقانون هو تحقيق الاستقرار والمحافظة على الوضع الراهن وهو ما يعمل الشرط على تخطيطه ويقف بالقانون الدولى عن أن يحقق مهمته — بيد أن منطق هؤلاء لا يمثل الاغلبية العظمى من الفقهاء .

فهناك مدرسة ترى أن الشرط ضمنى تحتويه كل معاهدة وهو يستند الى الارادة المشتركة لأطراف المعاهدة وتذهب فرقة اخرى إلى أن هذه الشرط الضمنى يظل دائما الا إذا استبعده الطرفان صراحة .

والواقع أن النظريتين مرفوضتان لانهما تحطمان الشرط . إذ حسيب النظرية الاولى لا يتوفر الشرط الا برضاء الطرفين . وهذا منطق قد عجز الآن ولم يعد مقبولا أن نقول إن نية الطرفين هى اساس توافر الشرط .

ويحق للطرفين — حسب النظرية الثانية — استبعاد الشرط ، ويؤخذ على ذلك أن هذا القول قد يبدو منطقيا لو أن الطرفين توقعا مقدما احتمال حصول تغير جذرى . ولذا فان النظرية تقف بكفاءة ازاء التصور الذى لا يتوقع فيه الطرفان هذا التغير .

لذلك قد يكون الأسلم القول بأن القاعدة قاعدة عرفية وليست شرطا . وهى قاعدة مستقلة عن ارادة الطرفين . وتبذير القاعدة فى نظرى هو أن من بين القواعد الأصولية قاعدة تقضى بتغير الاحكام بتغير الزمان والمكان كى تظل تلك الأحكام انعكاسا امينا لحاجات المجتمع . ومن ثم كان واجبا أن يعاد النظر فى التشريع كلما انفصل بأحكامه عن تلك الحاجات .

ويذهب الرأى الغالب إلى أن هناك نوعان من المعاهدات لا ينصرف اليهما أثر القاعدة وهما : للمعاهدات محدودة الأجل . والمعاهدات الشارعة . ويبدو أن منطق هذا الرأى مستمد من فكرة أن القاعدة شرط ضمنى فى المعاهدة . أما إذا نظرنا إلى القاعدة على أنها قاعدة عرفية عامة فان هذا الرأى يبدو غير مبرر حيال فئتي المعاهدة سالفتي الذكر .

والرأى أن تغيير الظروف يجب أن يمس اهداف المعاهدة وليس بواعثها .
 فاذا افترضنا أن أحد الطرفين لم يعد يهتم بتنفيذ المعاهدة فإن هذا الباعث في ذاته
 لا يكفي لتطبيق المبدأ لأن هدف المعاهدة يمكن أن يظل — على الرغم من
 ذلك — مشروعا . ويجوز أن يكون التغيير ماديا كما يجوز أن يكون معنويا .
 والتغيير المعنوي لايعنى مجرد تغير موقف الدولة بل يجب أن يكون تغيرا عاما
 شاملا يستشعره الرأي العام ويندفع اليه شعب الدولة .

وقد تناول وفاق فيينا حكم تغير الظروف في المادة ٦٢ منه حيث نص على
 أن انتهاء المعاهدة أو الانسحاب منها بسبب تغير الظروف لا يكون مبررا إلا اذا
 توافرت الشروط التالية :

١ — أن يكون توافر هذه الظروف أساسا جوهريا لقبول الاطراف الالتزام
 بالمعاهدة .

٢ — لتغير الظروف أثر جذري على تحويل نطاق الالتزامات التي لم تنفذ
 بعد .

٣ — ألا تكون المعاهدة معاهدة حدود ، أو أن يكون التغير قد حصل بفعل
 الطرف الذى يدفع به . وتتميز الفقرة الثالثة للدولة أن تدفع بتغير
 الظروف ليس فقط لانتهاء المعاهدة أو الانسحاب منها بل كذلك لوقف
 العمل بها .

فاذا تحققت شروط تطبيق المعاهدة :

١ — فان رأيا يقول إن المعاهدة تعتبر ملغاة بحكم القانون . وينسجم هذا
 الرأي مع فكرة الشرط الضمنى ولذا فان رفض الفكرة يترتب عليه
 رفض هذه النتيجة تبعا .

٢ — وهناك آخرون يدافعون عن أن من حق أى من أطراف المعاهدة أن
 يعلن بارادته الانفرادية انتهاء المعاهدة . وهذا رأى يعطى للدولة سلطة
 تحكمية مرفوضة إذ ليس مقبولا أن نعلق القوة الازامية للمعاهدة على
 ارادة الملتزم .

٢ — وفي عقيدة فريق ثالث أن الجمع بين الرأيين السابقين يتحقق بأن يدعو الطرف المتضرر الطرف الآخر إلى المفاوضة فاذا نكل الطرف الآخر عن المفاوضة أو لم يتوفر لديه حسن النية أثناء المفاوضة جاز للطرف المتضرر أن يعتبر أن المعاهدة قد انهيت .

٤ — ولعل أكثر الحلول قبولا — في نظري — هو الذي يرى أن للطرف الذي يدفع القاعدة أن ينتقل النزاع إلى جهة قضائية على أن يكون له — إلى أن يفصل في النزاع — أن يوقف تنفيذ التزاماته إذا رفض الطرف الآخر الالتجاء إلى التحكيم أو القضاء .

ويرى نفر غالب من أصحاب هذا الرأي أن المحكمة لا تملك في هذه الحالة إلا أن تقرر إلغاء المعاهدة كليا أو جزئيا .

يبد أننى افضل النظر إلى القاعدة على أنها مبرر لتتقيح المعاهدة وليست سببا من اسباب انهائها فحسب اللهم الا في الحالات التي تبرر ذلك (Hill, Chesney-The Doctrine of Rebus Sic Stantibus. 1964, P. 27 et seq.)

ولنا أن نتساءل الآن عن مدى استجابة النظرية الإسلامية لقاعدة تغير الظروف والأوضاع .

لقد حرص الفقه الإسلامي — كما أوضحت من قبل — إيماء حرص على حماية الحرية الفردية . وفي معرض حرصه على حماية الفرد ضد عسف الحاكم تصور أن كل علاقة تربط الفرد بالحاكم هي علاقة عقدية . وفي معالجة الفقه لهذه العقود العامة لم يهتم كثيرا ببناء النظريات الجامعة والمدركات العامة مكتفيا بما يقدمه من حلول عملية للمشكلات الواقعية . كل بحسب ظروفها . وكلها تستوحى المصلحة العامة وتبتغى تحقيقها (راجع مزيدا في فرانتز روزنتال — مناهج علماء المسلمين في البحث العلمى . ترجمة أنيس فريجة ، بيروت ١٩٦١) . فلو أننا تبعنا طائفة معينة من الحلول في مسائل متماثلة لأمكننا أن نبين انها تصدر عن منطق مشترك وتستند إلى فلسفة بذاتها . واعتمادا على هذا

الحقيقة فاني. اقدم الأمثلة التي نستطيع أن نستنبط منها القاعدة في شأن تغير الأوضاع .

وأول مثل هي الجوائح . فالفتهاء — في مناقشتهم لإعادة التسعير إذا ما حصل تبدل جوهرى في الظروف — يناقشون الجوائح كعذر من الاعذار التي تؤثر على ثمن التجارة فلو أن شخصا استأجر مخزنا ولكنه لم يستطع بسبب ماطراً على الاحوال من تغير — لم يستطع أن يجد سوقا كان من حقه أن يلغى عقد الايجار . ولو أن عمرا استأجر دابة كى تنقله إلى بلد آخر يوجد فيها مدين له ، ثم حضر المدين إلى حيث يقيم الدائن كان للدائن أن ينهى عقد النقل .

وهكذا، يجوز للعاقدة في هذه الأمثلة — خلافا للقاعدة العامة — أن يتحلل من التزامه لأن ظروفها جدية طرأت بعد إبرام العقد تمس بمجديّة السبب الذي دفع إلى إبرام العقد . وهذا مفاده أن تغير الأوضاع — إذا كان جذريا — يصح أن يكون سببا لانتهاء العقد أو تعديل احكامه .

ومن ثم فإن الامام — وإن كان مأمورا باحترام عهده — إلا أن هذا لايعنى أنه ملزم باحترام عهده حتى ولو تغيرت ظروفه تغيرا جذريا اساسيا . بل إن رعاية المصلحة العامة تتطلب من الامام ، في هذه الحالة ، العمل على تعديل العقد أو انهاءه بما يتفق وتلك المصلحة . إن هذا الفرض الذى قدمته يتبى إلى تأكيد أن النظرية الإسلامية تقبل فكرة تغير الأوضاع كسبب من أسباب تنقيح المعاهدة .

وقد قرأت في كتاب الأم الشافعى مايفيد أن الفقه الإسلامى التقليدى ينزع إلى النظرية التي تعطى للدولة — عندما يتحقق الشرط — أن تنهى المعاهدة فورا وبارادتها المنفردة . يقول الشافعى : وليس للامام أن يهادن القوم من المشركين على النظر إلى غير مدة هدنة مطلقة فان الهدنة المطلقة على الأبد وهي لا تجوز لما وضعت ولكن يهادنهم على أن الخيار اليه حتى إن شاء أن ينبذ اليهم فان رأى أى نظر للمسلمين أن ينبذ فعل فان قال قائل فهل لهذه المدة أصل قيل نعم افتتح

رسول الله ﷺ اموال خير عنة (الشافعى — الأم ، المرجع السابق ، ج ١٠ ص ١١٠) .

ويخلط الكثير بين الانباز — الذى هو وسيلة من وسائل انتهاء المعاهدة — وبين تغير الظروف الذى هو أيضا — على قول الغالبية العظمى من الفقهاء — سبب من أسباب انتهاء المعاهدة .

وواضح من عبارة الشافعى أنها تحتل المعانى التالية :

- ١ — النظر لصالح المسلمين هو الاعتبار الاساسى المراعى فى ابرام المعاهدة . وإذن فهو الوضع الجوهرى الذى ينظر إن كان تغيره تغييرا فى الأوضاع بالمعنى المقصود فى هذه الدراسة .
- ٢ — إذا كان العهد لأجل وجب أن يتم مدته وتبعا فان تغير الأوضاع نظرية لا تطبق على المعاهدات محدودة الأجل .
- ٣ — إذا كانت المعاهدة غير محدودة الأجل ففى هذه الحالة للامام — إذا ماكان فى ذلك تحقيق لصالح المسلمين — أن ينقض هذا العهد فيقضى عليه إلى الأبد .
- وفى قول آخر فان نظرية الشافعى هى أن تغير الأوضاع يدفع به فى المعاهدات غير محددة الأمد أما إذا كانت المعاهدة ذات أجل متفق عليه فان نظرية غير الظروف لايجوز اعمالها تبعا للنظرية الإسلامية .
- د — إذا تحقق صالح المستلمين فان للامام أن ينهى المعاهدة بارادته المنفردة التى تمثل اداة الدولة طبعا .

والمعانى التى اسلفتها كلها تتفق — كما هو مبين فى عرضى الوجيز فى السطور السابقة — مع بعض الاتجاهات الفقهية الحديثة فى القانون الدولى . وانى وإن كنت لا أتفق مع الشافعى — ومن سار على دربه — فى أن تغير الظروف يميز للطرف المضرور أن ينهى المعاهدة بارادته المنفردة ، كما يختلف معه فى قصر تطبيق النظرية على المعاهدات غير محدودة الأجل — إلا أنى أحب أن أوضح أن الأخذ بنظرية تغير الظروف لا يتعارض مع الأحكام الإسلامية

الصارمة في شأن الوفاء بالعهد . إن الفقيه المعاصر يؤكد أن تغير الأوضاع مبدأ يؤكد القاعدة العامة التي تجعل من العقد شريعة للمتعاقدين ذلك أن قدسية المعاهدة إنما تستهدف إقامة المعاملات على أساس من الأمانة والاستقرار . ولا يمكن أن نقول إن المعاهدة التي فقدت سبب وجودها تبقى على الرغم من ذلك أداة للاستقرار في المعاملات لأن البقية الأساسية التي دفعت إليها لتحقيق أمن الطرفين وصالحهم قد تبدلت جذريا بحيث أصبح من المتعذر على المعاهدة أن تقوم بهذا الدور المسالم بل إن في بقائها ملزمة تهديدا يبعث الشحنة والبغضاء بين طرفيها هذا فضلا على أن المعاهدة كتشريع تخضع لقاعدة تغير الأحكام .

ويكثر الفقهاء المسلمون الكلام في تلك النقطة تحت مبررات عديدة مثل وجوب عدم منافاة المعاهدة لمقتضى عزة الإسلام فلو أن معاهدة أبرمت في ظروف من الضعف وعدم القدرة ثم تعدلت الأوضاع فاستعادت الدولة الإسلامية قوتها وقدرتها فإن المعاهدة تصبح باطلة ويكون على ولى أمر المسلمين أن ينهيا . وبدهى أن الفقهاء المسلمين ينظرون — في تقرير هذا الحكم — من زاوية أن الإسلام يجب أن يعلو ولا يعلو عليه ولذلك قلت من قبل إن فكرة التكافؤ في المعاهدات ليست من الأفكار التي تتسق مع النظرية الإسلامية في العهود ، كذلك من المبررات التي تذكر في هذا المجال فكرة المصلحة على أساس أن غاية أحكام الشريعة هي رعاية مصالح الناس في هذه الحياة الدنيا وفي الآخرة . ومادام أن مصالح الناس غير ثابتة فهي في حركة دائمة وتجدد مستمر . ومن ثم فإن الأحكام يجب أن تواكب هذه الحركة وتساير ذلك التجديد . ويقول ابن تيمية « إذا اشكل على الناظر حكم شيء هل هو على الإباحة أو التحريم فليُنظر إلى مقدمته وثمرته وغايته . فإن كان مشتملا على مفسدة راجحة ظاهرة فإنه يستحيل على الشارع الأمر به أو إباحته بل يقطع أن الشارع يحرمه » (عبد الحميد متولى — المرجع السابق ، ص ١٣٣ — ١٣٤) .

والمصالح في المعاهدات — وهى تشمل فروع القانون المختلفة — قد تكون مصالح حاجية (أى لنفى الحرج) وقد تكون مصالح ضرورية (أى لدفع الضرورة). (عبد الحميد متولى — المرجع السابق ص ١٣٥) .

ب — القوة الملزمة للمعاهدة بالنسبة لغير اطرافها :

قادت النظرة إلى المعاهدات على أنها ارتباطات عقدية إلى تطبيق المبدأ المعمول به في القانون الداخلى الذى يقضى بأن العقد لا يمكن أن يضر أو يفيد الغير . وأخذ بهذا المبدأ قالت المحكمة الدائمة للعدل الدولى في قضية « بعض المصالح الألمانية في سيليزيا العليا » إن المعاهدة تخلق قانونا بين الدول الأطراف ولا يمكن أن نستنبط منها — في حالة الشك — أنها حقوق لصالح دولة غيرها وهذا هو النهج الذى سلكته ثلة من فقهاء القانون الدولى العام . ومال اليه وفاق فيينا (القسم الرابع م ٣٤ / ٣٨) .

ولكننا إذا نظرنا إلى العمل الدولى نجد أن هناك العديد من المعاهدات التى تضى حقوقاً أو تفرض التزامات على الغير . فمعاهدة فرساي مثلا منحت الدانمارك والسويد — وهما ليسا طرفا فيها — حقوقا في لجنة الاودر ، ومنحت بالمثل لهولندا وسويسرا — وهما ايضا من غير اطراف المعاهدة — حقوقا في لجنة نهر الرين . كما تضمنت المعاهدة ذاتها قيودا على ألمانيا بشأن احترام الوفاقات التى تبرم مستقبلا بين دول الحلفاء والدول المرتبطة بها . ومن ثم فإنه يكون فرط حرص أن نقيش آثار الوفاقات الدولية — التى تنظم مصالح عامة — على أحكام القانون الداخلى فى العقد الذى هو يقرب مصالح متناقضة وينسق ارادات ذات غايات متعارضة . ولعل تلك الحقيقة اقضت مضجع المحكمة الدائمة للعدل الدولى فبدلت من مذهبها السابق وذهبت — في قضية المناطق الحرة — إلى أن فى لمعاهدات عنصرا قانونيا كافيا وتمنيزا — يمكن أن يصرف حقوق المعاهدة إلى الغير الذى ليس طرفا فيها — ولو لم ينص على ذلك ، وأكدت في قضية قناة كييل أن معاهدة فرساي أرسى نظاما قانونيا لقناة كييل له حجج قبل الجميع .

وهكذا يتضح لنا أن العمل الدولي — ومعه فريق من الفقه — يؤكد أن من المعاهدات ما يمتد أثره إلى غير أطراف المعاهدة ، ولكن بحث الفقهاء ينصرف غالبا إلى الاشتراط لمصلحة الغير ، في حين أن البحث يجب في نظري أن يتناول أثر المعاهدة بالنسبة للغير من حيث الحكم العام دون أن نخصص ذلك في حالة بعينها . ولعل هذه البلبلة الفكرية ترجع إلى الخلط بين العقد والتشريع في النظر إلى المعاهدة فأولئك الذين يرون في المعاهدة عقدا تكبر على أنفسهم فكرة انصراف آثار المعاهدة إلى غير اطرافها . وأولئك الذين يرون فيها تشريعا يعجبون من قول التقليديين .

والرأى عندى أن انصراف أثر المعاهدة إلى غير اطرافها رهن بقدرة الارادة الشارعة التى سنتها، فلو أن الدول البحرية الكبرى مثلا ابرمت معاهدة تسن تشريعا للبحار فان الارادة الشارعة لتلك الدول بما تمثله من مصالح وماتملكه من امكانيات تستطيع أن تشرع للجماعة الدولية في هذا النطاق . ولذا فان معاهدة كهذه تنصرف آثارها إلى غير أطرافها .

وإذن فالكلام عن القوة الملزمة للمعاهدة يقتصر على فرض واحد وهو أن تتضمن المعاهدة نصوصا من صناعة الاجتهاد الفردى لانه لولا المعاهدة لما اصبحت لتلك النصوص قوة الالتزام التى كفلتها لها المعاهدة — أما إذا كانت المعاهدة مجرد تسجيل لاحكام اجمع عليها معظم علماء الامة — وتأخذ الحكم ذاته المعاهدة الجماعية التى تضم جميع الوحدات الإسلامية السياسية — فان الاحكام لها الحجية والالزام سواء أدرجت ضمن المعاهدة أم لم تدرج .

ولعل الميزة الوحيدة للمعاهدة هنا هو انها قد تضع الاحكام التى اجتمع عليها الاجتهاد في صياغة أكثر تحديدا ووضوحا ، وهذه ميزة التقنين .

إن مقارنة هذه النظريات بالنظرية الإسلامية يتطلب منى أن أوجه النظر مرة أخرى إلى التفرقة التى اقيم على اساسها كثير من النتائج التى اميل اليها والاحكام التى انتقيا ، تلك هى التفرقة بين ماتضمنه المعاهدة من أحكام قد تكون اجتهادا أو تقليدا وبين القوة الملزمة للعقد الدولي . ومادام أن المعاهدة

تتضمن احكاما اجتهادية فان حجتها على الغير ترتبط بمدى انصراف اثر الاجتهاد إلى الغير والتزامه به .

إن الاحكام التي استنبطت عن طريق الاجتهاد أو التي اخذ بها عن طريق التقليد لها في ذاتها حجية من حيث هي رأى اهل الذكر الذين امرنا بأن نرجع اليهم لاستنباط الاحكام الفقهية فيما يحتاج إلى تفقه وفهم ، لان القياس من نوع العمل بما هو حجة في الاصل ولكنه دون الثابت من الحكم بالنص فلا يصار اليه إلا في موضع لا يوجد فيه نص (اصول السرخسى — المرجع السابق ج ٢ ، ص ١٤٠) . وفي اثبات حجية الاجتهاد يقول سبحانه وتعالى « ولو رددوه إلى الرسول وإلى اولى الامر منهم لعلمه ، الذين يستنبطونه منهم » . (النساء / ٨٣) . وقد اختلف الفقهاء في المقصود بالذين يستنبطونه منهم فقال بعضهم هم الامراء وقال آخرون هم العلماء . وفهم الآية على أنها تقصد العلماء هو الفهم الذي اطمئن اليه وأرجحه في هذا المقام .

لكن هذا الاجتهاد قد يكون اجتهاد آحاد وعندئذ فيمكن أن يقابل الرأي بالإى والاجتهاد بالاجتهاد ويكون الناس بالخيرة فيما يتبعون من رأى ويتمدون من اجتهاد ، وتبعا فان حجية اجتهاد الآحاد لاتعنى أن هذا الاجتهاد له قوة الالتزام على الغير حتما ولزاما . واجتهاد الآحاد تعبير ينصرف هنا إلى : « هاد الذى تجمع عليه دولتان تتعاهدان ولا يقصد به اجتهاد احدهما سب . ولذا فاقى اقصد بة الاجتهاد الذى تتضمنه المعاهدات الثنائية أو مافى احدها . اي التي لم يصل عدد اطرافها إلى الحد الذى يعتبر بمثابة تعبير عن ارادة الجماعة الإسلامية أو الجماعة الدولية . أما إذا كان الاجتهاد جماعيا فان الامر يختلف لان الكثيرين من الفقهاء يعتبرون مخالفة الاجماع بعد انعقاده كمخالفة النص وهذا يكون فى المعاهدات الجماعية أو متعددة الاطراف . واقصد بالجماعية هنا المعاهدات التى يصل عدد اطرافها إلى حد يجعلها وكأنها تعبير عن ارادة الجماعة الدولية .

وفي حجة اجتهاد الآحاد والاجتهاد الجماعى يقول السرخسى « والدليل على أن الخطأ محتمل في فتواهم ماروى أن عمرا سئل عن مسألة فأجاب فقال رجل : هذا هو الصواب فقال : والله ما يدري عمر أن هذا هو الصواب أو الخطأ ولكن لم آل عن الحق ، وقال ابن مسعود رضى الله عنه فيما اجاب في المفاوضة : « وإن كان خطأ فمنى ومن الشيطان . فعرضا انه قد كان جهة الخطأ محتملا في فتواهم . ولا يقال هذا في اجماعهم موجود إذا صدر عن رأى ثم كان حجة . لان الرأى إذا تأيد بالاجماع تتعين جهة الصواب فيه بالنص » (أصول السرخسى — المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ١٠٧ — ١٠٨) .

ومن ثم فان كانت النصوص المدونة في المعاهدة ثمرة اجتهاد فردى فان لها حجية محدودة فلا ينصرف اثرها إلى الغير إذ تجوز معارضتها باجتهاد فردى آخر وهنا تؤدي المعاهدة مهمة رئيسة في اضاءة الالتزام على ذلك الاجتهاد الفردى يجعله واجبا على طرفي المعاهدة في علاقاتهم المتبادلة . وقد تتمتع المعاهدة في هذا الفرض بقوة نفاذ حيال الغير إذا لم يوجد اجتهاد معارض للاجتهاد الثنائى أو مافى حكمه ولكن قوة النفاذ هنا قوة واقعية وليست قانونية .

أما إذا كانت نتاج اجتهاد جماعى فان حجيتها تكون عامة أى تنصرف إلى الغير لان دور المجاهدة في هذا الفرض الأخير هو دور تقينى فحسب أى أنها تقن ما جرى الاجماع عليه وكسب قوة الالتزام على جماعة المسلمين ، فالمعاهدة لاتنضى — من حيث قوة الالتزام — جديدا على نصوص مجمع عليها ولذلك فان حجيتها تكون حيال اطرافها وحيال الغير على السواء . رب ناقد يظن أننى اناقض نفسى هنا أو أنفى عن الاجماع أنه أصل شرعى ثم أعود فأقول إنه حجة على الكافة . لا ورب الكعبة فانى على رأى مقيم . إننى عندما اصرف حجة الاجماع هنا إلى الكافة إنما اصرفها بوصف أن الحجية هي حجة الاجتهاد الجماعى وليست حجة أصل شرعى . وقد صرفتها إلى الجماعة الإسلامية بعد أن اتسمت بقوة الالتزام نتيجة ادراجها ضمن نصوص معاهدة — لان الاجتهاد الجماعى يعنى عدم وجود اجتهاد مخالف ، فلم لا تلتزم الأمة هنا باستنباط علمائها وقد تلاقت جهودهم على حكم واحد . وكيف تبرر الدولة الإسلامية

التي تعارض انصراف أحكام المعاهدة اليها موقوفها المعارض هذا إن هي أرادت أن تبني دفعها على أساس من النظرية الإسلامية ؟!

انقضاء المعاهدات :

١ : رف الفقيهاء بين إبطال المعاهدة وانهاؤها وإيقافها.... فمؤداه وضع حد لاستمرار المعاهدة لما كان مقرر لها من قبل لأسباب واعتبارات تطرأ بعد تنفيذ المعاهدة فترة من الزمن. لكن يختلف انتهاء المعاهدة عن إيقاف العمل بها أن الإنهاء يضع حداً لوجود المعاهدات القانونية. بينما تظل المعاهدة قائمة قانوناً في حالة إيقاف العمل بها « (على صادق أبو هيف - القانون الدولي العام ، الاسكندرية ، ص ١٩٧٠ ، ص ٩٨١) .

وتنمضي المعاهدة — من حيث هي تشريع — حسب النظرية المعاصرة :
أ) بنص تشريعي ينص صراحة على هذا الإلغاء . أى يشتمل على نص يتعارض مع النص القديم أو ينظم الموضوع ذاته وفي النطاق الشخصي عينه — ولكن بأحكام جديدة .

ب) ينفي المعاهدة — من حيث هي تشريع — حسب النظرية المعاصرة :
طبقاً لنصوص المعاهدة ، إذا انقضى الأجل المحدد لسريان المعاهدة — فإن المعاهدة تنتهي في هذه الحالة دون حاجة إلى إعلان خاص بذلك .
بالإرادة المتعارضة أى يتقرر الانهاء حتى ولو لم يوجد نص فيها يقضي بذلك . لأن السلطة التي تملك المنح تملك المنع .

ج) مااء المعاهدة في هذه الحالات لا يحول دون الاستشهاد بها كوثيقة تثبت ما تضمنته من أحكام . كما أنه لا يحول دون تطبيق أحكامها على الأوضاع التي تدخل في نطاق نفاذها الزمني .

وعلى الرغم من أن القاعدة هي أن يحصل الانهاء طبقاً لنص المعاهدة فإذا لم يوجد نص وجب أن يكون هناك إجماع بارادة شارعة تعادل الإرادة الشارعة التي سنت المعاهدة. والحق أن العمل قد خفف من هذا التشدد لاسيما في نطاق التنظيم الدولي — فنجد أن ميثاق جامعة الدول العربية مثلاً يسمح للدولة

العضو بالانفصال عن العضوية — أى بانتهاء المعاهدة بالنسبة لها — باخطار يوجه إلى المنتظم . فإذا انقضت على الانذار فترة زمنية معينة أصبح الانفصال نافذا .

ويجوز أن يقتصر الاتفاق على الانهاء على بعض الأطراف الأصلية . مثال ذلك اتفاقية سنة ١٩٣٦ بين بريطانيا والعراق والتي تخلت بمقتضاها بريطانيا — دون باقى الدول — عما لها من امتيازات فى العراق . وفى هذه الصورة ينتهى الوفاق الأصلى جزئيا لا كليا . ويقول الفقهاء إنه كما يجرى التنازل بالاتفاق يمكن أن يجرى كذلك بارادة منفردة . شأن الحال فى فرنسا عندما تنازلت بارادتها المنفردة سنة ١٩٤٣ عما لها من امتيازات فى الصين — وواضح أن الارادة المنفردة تنهى حكم المعاهدة هنا إذا كانت قد صدرت عن المستفيد من أحكام المعاهدة وذلك دون اضرار بأشخاص القانون الذين يحكمهم تشريع المعاهدة .

وأود هنا أن ألفت النظر إلى عدم الخلط بين طرق انقضاء المعاهدة وبين أسباب انقضاء المعاهدة، فطرق انهاء المعاهدة هى ماقدمت . أما أسباب الانقضاء فهى : انتهاك أحكام المعاهدة ، وسقوط المعاهدة بالتقادم والترك . واستحالة تنفيذ المعاهدة (راجع فى تفصيل ذلك كتاب المؤلف — الغنىمى فى قانون السلام ، المرجع السابق ، ص ٣٥٠ — ٣٦٦ وقارن م ٦٠ من وفاق المعاهدات التى تعدد أسباب انقضاء المعاهدة) . وقد استندت مصر إلى انتهاك أحكام المعاهدة لالغاء معاهدة الصداقة والتعاون التى كانت قد أبرمت بينها وبين الاتحاد السوفيتى فى ٢٧ مايو سنة ١٩٧١ على أساس أن الاتحاد السوفيتى لم ينفذ الالتزامات العسكرية التى تفرضها المعاهدة عليه .

فإذا انتقلت من النظرية المعاصرة إلى النظرية الإسلامية كان لزاما كذلك أن افرق بين ابطال المعاهدة — وقد تعرضت فيما سلف من دراسة لاسباب بطلان أو فساد المعاهدة — وبين اسباب انقضاء المعاهدة وهو ماأعرض له الآن .

إن انقضاء المعاهدة الحديثة بنص تشريعى يمكن أن نقابله فى المعاهدة الإسلامية — من حيث هى اجتهاد — وذلك باجتهاد مقابل . وهنا أراى مضطرا لان اذكر بما كررته وهى التفرقة بين فحوى المعاهدة وبين ماتمتمع به المعاهدة من قوة الزام .

أما فحوى المعاهدة فهو صلب الاجتهاد وقوامه فهل يجوز أن ينتضى هذا الاجتهاد باجتهاد مقابل ؟ إن الاجتهاد الذى تنبث عنه أحكام المعاهدة — فى غير حالات التقليد قد يكون — كما أسلفنا فى أكثر من موضع — اجتهاد آحاد أو اجتهادا جماعيا .

فإن كان الاجتهاد اجتهاد آحاد فإن السرخسى يقول « ولا يجوز ترك رأى بمثلته كما لا يترك بقول التابعى وكما لا يترك احد المجتهدين فى عصر رأيه بقول مجتهد آخر » (مبسوط السرخسى — المرجع السابق ج ٢ ، ص ١٠٧) وعلى هذا فالقول إنه « إذا ثبت حكم القياس فى محل فان ذلك الحكم لا يرد عليه نسخ اصطلاحا لانه إذا فرض نسخه فالنسخ إما الكتاب أو السنة أو الاجماع القياس فاما مع النص من الكتاب والسنة فالقياس يكون خطأ لانه لا قياس مع النص . وكذلك إذا ظهر أن الحكم الثابت بالقياس قد اجمع على خلافه لأن الاجماع لا بد أن يكون مستندا إلى دليل ، أما ان حصل قياس آخر يخالف ذلك فى الحكم فان ذلك يكون من باب تعارض الأقيسة فاذا رجح أحدهما بين خطأ الأول فلا يرفعه » (١)

« وكما لا ينسخ القياس لا يكون ناسخا لانه لا سبيل إلى أن ينسخ نصا ولا إجماعا لأنه لا يعارضهما ، أيضا لا يكون القياس ناسخا آخر لأن القياس لا يعرف الا بالرأى والاجتهاد . وبعد معرفته لا يكون حجة الا بالنظر إلى المجتهد الذى توصل اليه برأيه واجتهاده ، أما غيره من المجتهدين فلا يكون حجة عنده ولا يلزمه العمل به » (بدران أبو العين بدران — أصول الفقه . القاهرة ١٩٦٢ ، ص ٤٠٢ — ٤٠٣) .

إن هناك وقائع لم يدل على حكمها نص ولا انعقد على حكمها اجماع « فهذه موضع الاجتهاد من أجله . وأكثر أحكامها استنباط لأفراد من المجتهدين وقفوا عليها حسبا وصلت اليه عقولهم — وهى أحكام ليست لازمة لوقائعها . ولا يمنع اجتهاد فيها سابق من اجتهاد لاحق ويجوز لأهل عصر واحد من المجتهدين أن يخالف بعضهم بعضا كما يجوز للمجتهد الواحد أن يرجع عن اجتهاده السابق إلى اجتهاد آخر ، وليس قول المجتهد بحجة ملزمة لكافة المسلمين إنما هو حجة ملزمة للمجتهد نفسه باعتبار أنه الحكم الشرعى فى غالب ظنه مادام باقيا على اجتهاده وهو أيضا حجة على من يستفتيه من المقلدين باعتبار أن مذهب المستفتى هو مذهب من يفتيه » (بدران ابو العينين بدران — الادلة المتعارضة ووجوه ترجيحها ، مجلة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ، العددان الثالث والرابع من السنة العاشرة ١٩٦١/٦٠ ص ١٤٧) .

وعلى ما قدمت فان ماتتضمنه المعاهدة من احكام اهتدى اليها فقه الاتحاد لا ينقض بفقهاء معارض بل يظل ملزما للفقهاء الذى اجتهاد مابقى عليه كما أنه يلزم المستفتى — وهو هنا الدول أطراف المعاهدة — مادام أنها قد قبلت الالتزام بهذه الأحكام . ولكن هذا لا يعنى أن رجوع المجتهد المفتى عما انتهى اليه من اجتهاد سجلته المعاهدة يؤدى إلى انقضاء المعاهدة ذلك أن الاجتهاد السابق تبقى له حجته ولا تزول تلك الحجية بالاجتهاد الفردى اللاحق . وعند أى حنيفة إذا كان من يخالف المجتهد فى رأى أعلم بطريق الاجتهاد ويقدم عليه فى العلم فانه يدع رأيه لرأى من عرف زيادة قوة فى اجتهاده ، كما أن العامى يدع رأيه لرأى المفتى لعلمه بأنه متقدم عليه فيما يفصل به بين الناسخ والمنسوخ والمحكم والمتشابه ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد لا يدع المجتهد فى زماننا رأيه لرأى من هو مقدم عليه فى الاجتهاد من أهل عصره لوجود المساواة بينهما فى الحال وفى معرفة طريق الاجتهاد . ولا خلاف بين المتقدمين والمتأخرين فى أن قول الواحد من الصحابة حجة فيما لا مدخل للقياس فى معرفة الحكم فيه ، وذلك نحو المقادير التى لا تعرف بالرأى فمثلا أخذوا برأى على تقدير المهر بعشرة دراهم وبقول عائشة فى أن الولد لا يبقى فى البطن أكثر من ستين . بيد أنه إذا كان

ذلك الاجتهاد هو الاجتهاد الفريد في المسألة وليس هناك من رأى آخر أو اجتهاد فيها ، وقد يثور الشك هنا في حجية الاجتهاد الذي رجع عنه صاحبه بالنسبة للدول التي اخذت به ، فقد يقال إن الاجتهاد السابق تستمر له حجيته وعندئذ تبقى المعاملة صحيحة سليمة الأحكام ، وقد يقال إن هذا الاجتهاد عديل للاجماع وتكون حجيته هي حجية الإجماع — عند من يقولون بالاجماع . والقول عندى أن هذا الفرض يأخذ حكم ماقال به الفقهاء في الاجماع السكوتي فهو ذو حجية ولكنهم اختلفوا في نوع تلك الحجية أهى قطعية أم ظنية ، فقد اختار لجناح الأقلية في الحنفية أنه اجماع يفيد حجة ظنية وذهبت الغالبية ومنها الخابطة إلى أنه حجية قطعية كالاجماع الصريح . . .

أما المالكية والشافعية وبعض الحنفية فيرون أن مطلق السكوت لا يحمل دائما على الاقرار بالحجية فقد يعنى عدم موافقة الفقهاء بسبب عدم اجتهدهم أو تعظيم من افتى أو خوف من حصول ضرر لو أن الفقيه أظهر قوله .

والذى يرجح عندى أن هذا النوع من الاجتهاد حجيته ظنية فهو يفيد الظن لأن الذى عرف عن الصحابة أنهم لم يكونوا ليسكتوا عن الحق أو ليخافوا في الحق لومة لائم . أما عن الاجماع فيقول السرخسى إن مذهب علمائهم « أن الاتفاق متى حصل في شىء على حكم ثم حدث فيه معنى اختلفوا لأجله في ... فالاجماع المتقدم لا يكون حجة فيه ... وقال بعض العلماء ذلك الاجماع حجة فيه يجب التمسك به حتى يوجد اجماع آخر بخلافه وبيان هذا في المباحث الذى وقع فيه نجاسة ولم يتغير أحد اوصافه . فان الاجماع الذى كان على طهارته قبل وقوع النجاسة فيه لا يكون حجة لاثبات صفة الطهارة فيه بعد وقوع النجاسة فيه لأن الاجماع كان ثابتا في عين على حكم لا لانه عين وإنما كان ذلك لمعنى وقد حدث معنى آخر خلاف ذلك ومع هذا المعنى الحادث لم يكن الاجماع قط فيكفي يستقيم استصحابه ، وبه نظل نحن على ما كنا عليه . وعند بعضهم يكون حجة ويقولون قد انعقد الاجماع على حكم فنحن على ما كنا عليه من الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان الشىء لا يرفع ما هو دونه . ولاشك أن الخلاف دون الاجماع يوضحه أن التمسك باليقين وترك المشكوك

فيه أصل في الشرع فان النبي ﷺ أمر الشاك في التحدث . وكذلك في الأحكام نقول اليقين لا يزال بالشك » .

أما عن الاجتهاد الجماعي فقد انتهى الرأي إلى اعتبار الاجماع في أى عصر سلطة عليا لا يعلى عليها ، وهى تستطيع أن تحكم على نصوص القرآن والحديث وأنها لا يمكن أن تحكم بهما ولا أن تبطل برأى آخر سابق أو لاحق . وعامة المسلمين يخضعون في الواقع لهذه السلطة دون مناقشة ، اللهم فيما خلا بعض الخوارج والمعتزلة والشيعة .

« ولكن كيف نوفق بين موقف كهذا وبين الخضوع المطلق والولاء العميق الذى يضمنه المسلم لله ولكتابه ولرسوله الذى هو المبلغ عن الله والمبين لكتابه ؟ وكيف يمكن أن يكون هذا الموقف بخاصة متوافقا مع منطق الإسلام الذى يبغض أشد البغض كل انقياد أعمى ولا يعبأ إلا بمجد العقل والرأى الناضج حتى في عقائده الأساسية ؟ ..

« جوهر القضية هو أن يكون لكل عضو مدركا لاستقلاله الأدبى ومسئوليته الأخلاقية أن يعبر عن رأيه في حرية بعد تأمل ناضج في المشكلة المعروضة ..

« فعضمة الاجماع . التى هى موضوعنا هنا . ليست في حقيقة الأمر منسوبة إلى المفكرين أنفسهم ولا إلى هذا النص الخاص أو ذاك مما يمكن أن نرفض صحته أو يختلف تأويله وتفسيره ولكنها قد تكون في ذلك الرجوع إلى مجموع الوثائق القرآنية والنبوية الصحيحة ودراستها دراسة ناضجة ، وبناء عليها يؤسس مفكرونا ما يصدر عن من احكام » (محمد عبد الله دراز — دستور الأخلاق في القرآن ، بيروت ١٩٧٣ ، ص ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٦ ، ٤٧) .

ذلك هو الرأى التقليدى في الاجماع ، وهو رأى سبق أن رفضته فالاجماع عندى هو صورة من صور الاجتهاد كما قلت . ولذا فان الاجماع لا يمكن أن يكسب قدسية أبدية فهو رأى والرأى يمكن أن يقابل بالرأى . على أن الذى أقبله — اعتداء بالقاعدة العامة التى تقضى بأن إهدار الحجية يجب أن يكون

بأداة لها القوة المعادلة أو المتفوقة — هو أن الاجتهاد الجماعى يجب أن يقابله؛
اجتهاد جماعى لأن اجتهاد الآحاد قد يكون حجة ظنية أما الاجتهاد الجماعى
فهو أقرب إلى القطع منه إلى الظن وتبعاً فلا يجوز أن نهدر شبه اليقين بما هو
ظنى . والطريف أن قضية الاجماع أثارت رجلاً من العقليين فدفعته إلى أن
يعلن أن الاجماع هو كل قول قامت حجته وإن كان قول واحد ولا قيمة
لاجماع لا يقوم على حجة .

وقد ينقسم مجتهدو العصر في مسألة ما إلى رأيين ويجمع كل فريق على رأى
فيها ، فهل يعتبر ذلك اجماعاً أم لا ؟ للفقهاء في ذلك ثلاثة آراء . أن جمهور
الائمة على أنه لا يجوز احداث رأى مخالف لاحد الرايين ، ويرى الشيعة وفريق
من الحنفية والظاهرية أن ذلك لا يعد اجماعاً فيجوز احداث رأى ثالث مخالف .
وذهب نفر آخرون إلى أنه ينظر في هذا القول الثالث فان كان لا يرفع
مااتفق عليه القولان جاز احداثه وإن كان يرفع مااتفق عليه القولان فلا يجوز
احداثه .

ويختلف الفقهاء حول امكان تحقق الاجماع . فهناك من يرون أن
الاجماع — بالمعنى المقصود في الدراسة — لا يمكن عادة أن ينعقد . في حين
يذهب جمهور الائمة إلى أن الاجماع ممكن وواقع بالفعل .

والرأى عندى أن الاجماع على التصور الذى قدمته (أى على صورة
سياسية) — وهى المعاهدة الجماعية التى تضم البلاد الإسلامية إما كأحد
طرفى المعاهدة وإما كأطراف للمعاهدة — ليس بمتعذر أن يتحقق . فهناك مثلاً
ميثاق الأمم المتحدة الذى يكاد يضم كل دول العالم إلا حفنة تعد على أصابع
اليد الواحدة . وكذا المواثيق الخاصة بالوكالات المتخصصة . إن هذه السوابق
تدل على أنه ليس من المتعذر — من حيث الواقع والممكن — أن تبرم معاهدة
فيما بين الدول الإسلامية فتضمها جميعاً أو بين الدول الإسلامية كلها كطرف
وبين دول أخرى من دارالمخالفين . وعندئذ فان ماتضمنه مثل هذه المعاهدات
من أحكام إما أن يكون اجتهاداً جماعياً أو تقليداً فان كان اجتهاداً جماعياً طبقت

على نصوصه الأحكام التي ينادى بها التقليديون بالنسبة للاجماع .

ويدعوى الكلام هنا للاستطراد إلى تغير الظروف . وقد سبق أن قلت إن تغير الظروف يمكن أن يؤدي إلى انتهاء المعاهدة واعتبرت ذلك حكما يستجيب لقاعدة من القواعد العرفية في قانون الأمم — أو قاعدة موضوعية في النظرية الإسلامية ولكن هذا القول يحتاج إلى مزيد من التوضيح الآن .

إن تغير الظروف المبرر لانتهاء المعاهدة هو التغير الجذري بحيث تصبح أحكام المعاهدة غير عادلة بالنسبة لأحد طرفيها إذا نحن استمرينا في تطبيقها على علاقة الطرف المضروب بالطرف الآخر — فاذا قلت إن أحكام المعاهدة في النظرية الإسلامية هي صورة للاجتهاد ، فإني تغير الظروف — لكي يكون مبررا لانتهاء — لا بد أن يرتب عدم صلاحية هذا الاجتهاد لأن يحقق المصالح المشروعة لأحد الطرفين والتي كانت محل اعتبار عند إبرام المعاهدة . وفي قول آخر فإن فكرة تغير الظروف تضعنا خبال الاجتهاد أمام صورة خاصة وهي متى أخذ أطراف المعاهدة في التحلل من أحكام ذلك الاجتهاد لأنه لم يعد صالحا من حيث الزمان أو المكان — أو كلاهما — بالنسبة لدولة طرف في المعاهدة .

إن هذه الصورة لاثير أشكالاً في المعاهدات الثنائية — ويدخل في حكمها المعاهدات التي تضم عدداً محدداً من الدول الإسلامية — لأن حجج اجتهاد الأخاد إنما تلزم المجتهد حتى يبدى رأياً مخالفاً كما أنه تجوز مقابلة الرأي بالرأي . وإنما يشوب الأشكال حقاً بالنسبة للمعاهدات الجماعية التي تتضمن أحكاماً أجمعت عليها الدول وأصبحت — عند أصحاب الفكر التقليدي — ذات حجج كالنص فلا تجوز معارضتها . ولكن ليس هذا هو الرأي عندي — ذلك أنني استلفت أن الاجتهاد في صورته — الأحادي والجماعي — يمكن أن يقابل باجتهاد مثله ومن درجته . وتبعاً فليس هناك حرج على الدولة تخفى ولو كانت طرفاً في معاهدة جماعية — من أن تنهى أو تعدل من اتفاقية هي طرف فيها إذا كان لذلك مبرر من تغير الظروف والأوضاع .

هذا عن نصوص المعاهدة فيما تضمنته من أحكام شرعية . وبقي أن ناقش المعاهدة من حيث قوة الزامها للطرفين ، وكيف تنقضى هذه القوة الالزامية . إن مناقشة هذه النقطة تقترب بنا — في أكثر من موضع — من الدراسة التي يجريها الفقهاء في نطاق العقود الشرعية .

ومن الطلّ قبل أن اتكلم عن فك عقدة الالتزام أن أعود فأؤكد مدى الأهمية التي توليها النظرية الإسلامية إلى العهد وتمسكها بضرورة الوفاء به وأمرها بالوقوف عنده — بقطع النظر عن أي اعتبار — مادام أن الطرف الآخر لم ينقص منها شيئا واستشهد من القرآن الكريم ببعض الآيات فأكرر قوله عز وجل « وإن استنصروكم في الدين فعليكم النصر إلا على قوم بينكم وبينهم ميثاق والله بما تعلمون بصير » (الأنفال / ٧٢) وهذه الآية الجليلة تؤكد قوة الميثاق ولو في سبيل نصره مسلمين مضطهدين يستنصرون المسلمين . وفي هذا مافيه من الروعة فإن رعاية المواثيق أثرا كبيرا في اشاعة الطمأنينة والسكينة في العلاقات الدولية .

« أن الله برىء من المشركين ورسوله فان تبتم فهو خير لكم وإن توليتم فاعلموا أنكم غير معجزي الله وبشر الذين كفروا بعذاب اليم الا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا بهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين » (التوبة / ٤) . ففى هذا النص — على الرغم من أنه مرحلى وأنه يواجه واقعا قد لا يتكرر في حياة الأمة الإسلامية — حرص الإسلام على أن يستثنى من العهود التي برىء منها الله ورسوله تلك التي حافظ أصحابها عليها ولم يخالفوا احكاما لها .

ثم إن القرآن الكريم في وصفه لأهل البر ادخل بينهم « الموفون بعهدهم إذا عاهدوا » (البقرة / ١٧٧) . ويطول بنا الحديث لو أننا اردنا استعراض هذه الأحكام وتفصيلها ولكنى أورد هنا خطرات — سبقها التفصيل — للتذكرة فان الذكرى تنفع المؤمنين . واذكر على التخط ذاته بعضا من الأحاديث الشريفة .

قال عليه السلام : « من قتل المؤمن ، قتل الله ، ومن قتل الله ، قتل المؤمن » . وفي حديث آخر « ألا من قتل نفسه بفساد ، فماتت نفسه لله ، والله قتل رسول الله ، فقد انفس بئمة الله فلا يرح رائحة رائحة » . وقال « انتباه ، دمه الله ، وذمة رسول الله فيشد الله قلوب أهل الذمة فيمنعون ما في أبيهم » . وفي حديث أبي رافع قال الرسول « انى لا أحبس بالعهد راى » . بن البرد « (الاحاديث نقلت عن ابن الأثير الجزرى — جامع الأصول من أحاديث الرسول ، القاهرة ١٩٥٠ ، ج ٣ ص ٢٥٦ — ٢٥٩ .

وقال سليم بن عامر « كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم ليقرب حتى إذا انتهى السيد غزاهم فجاء رجل على فرس وهو يقول : الله اكبر ، الله اكبر . وقال لا غمرا . فاذا هو عمرو بن عيينة فأرسل اليه معاوية فسأله فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من كان بينه وبين قوم عهد . فلا يشد عقده ولا يعلها حتى يتقضى أمرها أو ينبذ اليهم على سواء ، فرجع معاوية » (أخرجه الترمذى وأبو داود . إلا أن فى رواية الترمذى « الله اكبر » مرة واحدة) .

أعود بعد هذا إلى نقطة البحث ، ويمكن أن أقسم الطرق التى تنقضى بها القوة الملزمة للمعاهدة إلى طريقتين :

(أ) الانقضاء طبقا لنصوص المعاهد — رالك إذا نفذت المعاهد تنذيا كاملا — كالمعاهدة لتحديد الحدود بين دولتين — وذلك بعد تمام تعيين الحدود — أو إذا انصرم الأجل المحدد لسريان المعاهدة . وتنتهى المعاهدة فى هذا الفرض دون حاجة إلى اعلان خاص بذلك ما لم يوجد نص فى المعاهدة على غير ذلك أو ان يقرر أحد الطرفين — استنادا إلى نص فى المعاهدة — انتهاء المعاهدة . أو ان يتفق الطرفان على ذلك الانهاء .

وعندما أقول إن المعاهدة تنتهى طبقا لنصوصها فأننى اقصد بذلك النصوص الصريحة والضمنية منها . وهذا الطريق من طرق انقضاء المعاهدة تكاد تتأثر فيه النظرية المعاصرة مع النظرية الإسلامية .

(ب) انقضاء المعاهدة بتصرف خارجي ، وتتجمع أهم طرق الانقضاء هذه حول :

- ١ — انتهاك أحكام المعاهدة ولا يترتب على انتهاك أحكام المعاهدة انقضاؤها تلقائيا وإنما تصبح قابلة للفسخ . والذي له حق الفسخ هو الطرف البريء الذي كان ضحية انتهاك الأحكام .
- ٢ — والاخلال الذي يميز الفسخ يجب أن يكون اخلالا جديا سواء كان اخلالا بنص من نصوص المعاهدة أم بروحها .

ومن الصور التي ترد على السنة الفقهاء في خصوص هذا الطريق من طرق انتهاء المعاهدات الانهاء بما يسمى « الانباز » . وهو أن يحصل من الكفار ما يدل على أنهم نبذوا العهد أي نقضوا العهد ولم يعملوا به .

وأصل هذا الحكم هو قوله تعالى « وأما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء » (الانفال / ٥٨) . والآية الكريمة توجه الحديث إلى النبي ﷺ فتأذن له — بل تأمره — إن هو خاف من عهده نقضا لما بينه وبين العهد من المواثيق أن ينبذ اليه عهده على سواء أي أن يعلمه بأنه قد نقض عهده حتى يبقى علمه وعلم العهد بأنه حرب لهم والعهد حرب للرسول وأنه لا عهد بين الرسول وبين العهد على سواء أي يستوى الرسول والعهد في ذلك .

وقد فسر البعض الآية الكريمة على أنها تعني أن يكون انباز العهد على مهل لأن الله لا يحب الخائنين حتى ولو في حق الكافرين .

ويتضح من الآية الطاهرة :

- ١ — أن الخوف من الخيانة أي خشية النقض هي مبرر الانباز . وهنا يمكن أن يثور التساؤل عن مدى انسجام حكم هذه الآية مع ماسبق أن قدمته في شأن الوفاء بالعهد والتمسك به واحترام أحكامه . ذلك أن مجرد الخوف يكفي الانباز مع أن الخوف ظني والعهد الذي تبرمه الدولة الإسلامية يقين فكيف يسقط اليقين الثابت بالظن ؟ .

يجيب الفقه الإسلامى على ذلك بأن الخوف قد يأتى بمعنى اليقين ويستشهد على ذلك بقول العزيز الحكيم « مالكم لا ترجون لله وقارا » (نوح / ١٣) ، فهنا جاء الرجاء بمعنى العلم .

ثم إنه إذا تأكد للمسلمين دليل الخيانة كان نبذ العهد دفعا لما قد يحقق بالمسلمين من هلاك وما ينالهم من اضرار لو أنهم استمروا على عهودهم مع قوم هذا حالهم . فسقوط اليقين فى هذا الفرض أمر جائز لأنه نوع من مقابلة المثل بالمثل فضلا على ما فى ذلك من معنى الدفاع المشروع ، (الجامع لأحكام القرآن للقرطبي — ج ٨ ، ص ٣١ ، ٣٢) .

٢ — أن هذا التبرير يعنى — فى نظرى — أن الفقهاء الذين قالوا به يكادون يشترطون لنبذ العهد أن يصل الخوف إلى مرحلة اليقين وأن يتأكد على وجه القطع المبين . أما الخوف الذى لا يتأسس على دلائل دامغة وحجج ساطعة فلا يكفى لنبذ العهد . وإذا جاز لى أن أدلى دلوى هنا فأنى أعتقد أن حمل الأحكام الخاصة بالوفاء بالعهد بعضها على البعض الآخر يقتضى أن نتشدد فى الشروط التى تسمح بنبذ العهد ، ولذا فإن الآية تعنى فى نظرى أنه إذا اتضح بما لا يدعوى إلى الشك أن العدو قد استقر قراره على نقض العهد والغش فى أداء ما يفرضه عليه من التزامات كان لنا الحق فى أن نسبقه ولا نتنظر حتى تنقلب هذه النية المؤكدة المبيتة إلى واقع عملى ، فالخوف هنا ليس خوفا من خيانة العهد وإنما خوف من أن تصبح هذه الخيانة حقيقة . وإذن فمجرد توافر ما يحتمل معه أن يقع من الخصم خيانة لا يكفى لنبذ العهد بل لابد من أن يتحقق ما يثبت معه خيانة الخصم . والفرق بين الفرضين فرق واقعى يعتمد على ما يصل إلى علم الدولة وتقديرها للنزاهة الجدى .

والمثل يوضح ما أقول . فلو أن دار صلح تلكأت فى دفع أموال الجزية ولو كان ذلك التكلؤ عن عمد فقد لا يكفى هذا لتطبيق حكم الآية أما إذا أصدرت تعليماتها بعدم جباية أموال الجزية لأنها سوف لاتوفى بها فى عامها فإن ذلك قد يقوم دليلا على انتواء الخيانة ويكون مبررا مقبولا للخوف من الخيانة ، وتبعا

لنبذ العهد . وهذا هو الذى يتفق مع الحديث الشريف الذى ذكرته من قبل .
عندما قيل للرسول إن المشركين سينتقضون العهد فقال « وفوا لهم واستعينوا
الله عليهم » . ويدعونى الاستطراد إلى أن أذكر هنا للتدبر أن بعض الفقهاء
يأخذ بمنطق عكسى وهو أن المعاهدات — سواء أكانت عادلة أم غير عادلة —
هى مظنة الغدر فكيف يمكن الوفاء مع توقع الغدر .

وهذا المنطق يدعونى إلى تحرى ما إذا كان معنى هذا أن حكم الآية ينطبق
على علاقة المسلمين بغير المسلمين فحسب . أم أن حكمها عام يسرى على
العهود جميعا ولو كان طرفاها دولتين مسلمتين . لعل الخيانة غير مقصودة فى
علاقة المسلمين بعضهم البعض الآخر كما أن وحدة الدولة الإسلامية كانت فى
خلفية المفسرين وهم يوضحون معنى الآية ومقصودها . لكن واقع العالم
الإسلامى اليوم — وتفتته إلى عدة دول — لابد أن يدعونا إلى طرح هذا
التصور وبحث حكمه على هدى من الآية الكريمة .

والقول عندى إن الخيانة — فى معنى نقض العهد — أمر يمكن أن يتوقع فى
علاقة دولة اسلامية بدولة اسلامية ذلك أن القرآن الكريم توقع أن تطغى طائفة
من المؤمنين على طائفة أخرى . . وإذن فالطغيان يمكن أن ينطوى على نقض
للعهد . كما انه اجراء قد تمارسه الدولة غير الإسلامية فى حق دولة اسلامية إذا
توافرت شروطه .

قد يرد على ذلك بأن سياق الآية جاء بصدد أحكام تتعلق بالكفار فقد
سبقها قوله تعالى « وإن شر الدواب عند الله الذين كفروا فهم لا يؤمنون الذين
عاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم فى كل مرة وهم لا يتقون فاما تثقفنهم فى
الحرب فشرذ بهم من خلفهم لعلهم يتذكرون » (الانفال / ٥٦ — ٥٧) .

وهذا اعتراض له وجاعته فالآية تخاطب الرسول فى علاقته بالكفار وتضع له
قواعد يسير عليها فى معاملة هؤلاء الكفار . ولكن هذا لا يمنع من أنها وضعت
فى الوقت ذاته قاعدة عامة بالنسبة للعهود . فاذا أردنا أن نسن قواعد دولية
اسلامية فاننا يجب أن نعترف بأن هذه القواعد تحكم العلاقات الدولية بغض

النظر عن اطرافها وأن نبذ العهد اجراء يمكن أن يتخذ ضد الدولة الإسلامية إر خانت عهدها لاسيما وأن خيانة العهد فكرة منبوذة كلية من الشريعة الإسلامية وتبعاً فلا بد لها من جزاء ، فضلاً على أنها قد يرد عليها بالمثل والمعاملة بالمثل في الوفاء بالعهود لا بد أن تكون من المبادئ الإسلامية العامة .

إذن يجب أن تكون الخيانة على جانب من الجدية في معنى أن النقض منسوب إلى الدولة المعاهدة وصادر عنها أو عمن تسأل عنهم ويمس جانباً من الجوانب ذات الأهمية في المعاهدة . فلو أن رجلاً خرج مثلاً من دار الصلح وأفسد في دار الإسلام وقطع الطريق وأخاف الناس فإن هذا لايعتبر خيانة ولا نقضاً للعهد من قبل الدولة المعاهدة لأن تلك الدولة لاتسأل عن اعمال ذلك الرجل مادام أنه خرج وفعل مافعل دون إذن حكومته ومادام أن حكومته لم تقصر في اتخاذ الاحتياطات اللازم لمنع فعلته وإن لم تنجح في ذلك . أما إذا كان الفاعلون جماعة من الناس فالأمر بين فرضين : أن تنفصل تلك الجماعة عن دولتهم وتصبح من أهل المنعة ، وهذا يرفع مسئولية دولتهم عنهم ولكن المعاهدة تنقضى بالنسبة لهم ، وبين أن يخرجوا باذن حكومتهم أو يعلمها دون أن تتخذ الحكومة من الاجراءات مايقصد إلى منعهم ، وعندئذ تنقضى المعاهدة وتنبذ .

٣ — يجب اعلام الخصم بنقض العهد ، وهذا معنى قوله تعالى « فانبذ اليهم على سواء » أى الق اليهم نقضك العهد لتكون أنت وهم في العلم بالنقض سواء (ابن تيمية — تفسير غريب القرآن بتحقيق السيد أحمد صقر ، القاهرة ١٩٥٨ ، ص ١٨٠) . والحكم هنا يستهدف الا يكون نبذ العهد عملاً من أعمال الغدر فهو يقابل الخيانة بالشرف والخسة بالوضوح . ولذا أمرت الطرف ضحية الخيانة بأن يعلن خصمه صراحة بنبذ العهد ، وتبعاً فلو أن نبذ العهد رتب اندلاع الحرب بين الطرفين فإن مقتضى الآية أن يعلن المضرور خصمه الخائن بهذه الحرب مسبقاً . وكأن الآية قد سبقت — في خصوص الزام الدول باعلان الحرب قبل شنها — ماجاءت به اتفاقيات لاهائى لسنة ١٩٠٧ في شأن الحرب البرية .

ولا يجوز لمن نبذ العهد طوعية لحكم الآية أن يعتبر أن المعاهدة قد انقضت؛ وأن نبذها أصبح حقا مشروعا له إلا بعد أن يتأكد من أن خبر نبذ المعاهدة قد بلغ للدولة الخصم بالطرق السلمية وأن هذا الخبر قد وصل الجهات المسؤولة في تلك الدولة وأبلغته تلك السلطات لشعبها . ذلك أن هؤلاء الذين عاهدناهم لهم — بحكم هذا العهد — حقوق يحرم نقضها أو الاعتداء عليها بأى نوع من أنواع الاعتداء . وعندهم بنذ العهد هو الذى يرفع هذا الأمان عنهم ، وهم إلى ذلك الوقت فى هذا الأمان (شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٤ ، ص ٢٩٤) .

على أن هذا لا يعنى أن تقوم الدولة المضرورة بالتحرى والتحقيق داخل الدولة الخائنة للتأكد من أن الأخيرة قد أبلغت مواطنيها فذلك قد يعد من قبيل التدخل غير المشروع فى شئون الدولة الخائنة . ثم إن فيه من الارهاق على الدولة المضرورة مالا يقبل معه أن تفرضه التزاما وشرطا مسبقا على نبذ العهد . ولذا يجوز منطقاً أن تكتفى الدولة المضرورة — فى افتراض أن نبذ العهد قد وصل إلى علم من يجب أن يصل إلى علمهم — ان تتوافر قرائن مقبولة فى هذا الخصوص كأن يكون خبر نبذ العهد قد بلغ مثلاً لرئيس الدولة الخائنة أو لوزير خارجيتها . وعندما أقول تكفى القرائن فى هذا الخصوص أعنى أن القرائن تقيم حجة لصالح الدولة المضرورة ولكنها إذا لم تكن قرينة قاطعة كان من الجائز اثبات عكسها .

وبدهى ان التزام الدولة المضرورة باعلان النقص مشروط بالخوف ومرتبطة به فلو أن الضرر تحقق فعلاً فلم يعد الأمر خوفاً بل تعدى الخوف إلى الواقع فلا يكون هناك معنى للاعلان . فلو أن الدولة الخصم شنت الحرب فجأة على الدولة الإسلامية فلا يكون هناك محل للانذار بالنذ وإنما يقاوم العدوان بمثله استجابة لضرورات الدفاع الشرعى . مثال ذلك ما فعله أهل ضبرياس الذين صالحوا قائد المسلمين فى عهد أبى بكر ثم هاجموا المسلمين فجأة فى عهد عمر الأمر الذى دفع القائل « أبو عبيدة » إلى أن يصدر أوامره إلى عمرو بن العاص بمهاجمتهم دون انذار .

٤ - فإذا توافر الشرطان السابقان وتحقق علم الخصم بنبذ العهد كان على الدولة "المضرورة" التزام بأن تبلغ رعايا الدولة الخصم إلى مأمنهم وفاء بما بين الدولة المضرورة والدولة الخائنة من عهد لأن الغدر ليس من الإسلام في شيء . فقد قال رسول الإسلام « أربع من كن فيه كانت فيه خلة من نفاق حتى يدعها : إذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا وعد أنخلف ، وإذا خاصم فجر » . وهكذا نجد أن نبذ العهد لم يشرع لكي يفتح بابا سهلا تنفذ منه الدولة إلى نقض عهودها وإنما قيد بقيود ، وتبعا يجب اثبات أن الخصم هو الذي بدأ بنقض العهد وأن نقضه للعهد كان جديا ويمكن أن يهدد المصالح الحيوية للدولة المعاهدة ، وعندئذ يجري نبذ العهد باعلان أو اخطار يوجه إلى الدولة الخصم في علانية ووضوح كي يصل إلى علم شعب الدولة الخصم ولا يكون خافيا على أحد أو يكون مفاجأة غادرة . والعدالة تقضى بأن تعامل الدولة غيرها بمثل ماتعاملها به . ومع ذلك فإن الآلية لم تسر في المعاملة بالمثل إلى أقصى المدى لأنها مقيدة بمثل فاضلة ومبادئ سامية تأتي على الدولة الإسلامية انتهاك حرمة الفضيلة ولو انتهكتها المخالفة من الدول . ولذلك يقول الرسول ﷺ « لكل غادر لواء يوم القيامة ، وأعظم لواء غدرة ، لواء أمير عانة » .

(ب) الطريقة الثانية من طرق انقضاء المعاهدة هي الاستحالة أى استحالة تنفيذ المعاهدة . والاستحالة على أنواع : فقد نكون عملية كاستحالة تسليم متهم متوفى ، أو قانونية باستقرار قاعدة من قواعد النظام العام بعد ابرام المعاهدة تجعل تنفيذ المعاهدة مستحيلا قانونا سواء جرى الاستقرار عن طريق الاجتهاد أم عن طريق السوابق ، أو موضوعية كالقوة القاهرة .

ويحلو لى أن الفت النظر إلى أن حالة الضرورة وقاعدة بقاء الأوضاع على حالها تدخلان تحت المفهوم العام لاستحالة التنفيذ .

ويناقش الفقهاء التقليديون هذه الطريقة لانهاء المعاهدة تحت عنوان « نفى الحرج » ، حيث أن هذا المبدأ يستهدف دفع المشقة عن الناس واعفاءهم مما قد ينالهم من حرج ، وطبعى ان المشقة المقصودة هنا هي المشقة التي تتجاوز

ما اعتاده الناس بحيث لا يمكن لهم احتمالها أو الاستمرار على تحملها ولو بذلوا أقصى ما في وسعهم من طاقة ، وما يترتب عليه تلف الناس أو المال أو العجز المطلق عن الأداء . ومن لطف الله على عباده أن شرع لهم من أجل دفع هذه المشقة التي تتخطى الاحتمال — الرخص المخففة . وقد دل على ذلك قوله عز وجل « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم » (البقرة / ١٧٣) . ولما كانت الرخصة مبنية على اعذار العباد — واعذارهم مختلفة — فإن الفقهاء يقسمونها إلى أقسام على خلاف بينهم .

فالحنفية يقسمون الرخصة إلى رخصة حقيقية — ويطلقون عليها رخصة الترفيه وتتناول ما استبيح مع قيام المحرم والحرم ، أو ما استبيح مع قيام التحريم دون الحرم — ورخصة الاسقاط وتتضمن الحكم الذي يسقط لعذر من الاعذار بالنسبة لبعض الأفراد مثل اباحة الميتة للمضطر ، والأحكام الشاقة على المسلمين كقطع موضع النجاسة .

أما جمهور الفقهاء فيقسمونها إلى الأقسام الأربعة التالية :

- ١ — استباحة فعل المحرم عند الحاجة والضرورة كمن يلفظ بلفظ الكفر وقلبه عامر بالإيمان « من كفر بالله من بعد إيمانه الا من اكراه وقلبه مطمئن بالإيمان » (النحل / ١٠٦) .
 - ٢ — استباحة فعل الواجب إذا كان في فعله مشقة تلحق المكلف كاستباحة الفطر في رمضان للمسافر .
 - ٣ — مانسوخ من الأحكام الشاقة التي كانت على الأمم السابقة مثل قتل النفس في التوبة من المعصية « فتوبوا إلى بارئكم فاقتلوا أنفسكم » (البقرة / ٥٤) .
 - ٤ — مآشرع من عقود للمعاملات استثناء من القواعد الأصلية المقررة شرعا مثل الاستصناع فانه من قبيل بيع المعدوم ، وبيع المعدوم باطل شرعا .
- والرأى عندى أن الرخص ليست استثناء بل هي أحكام أصيل لأن توافر ظرف من الظروف التي اسلفت ذكرها — فيما عدا النوع الذى ذكرته فى

البند الثالث، — هو بلاشك حكم أصيل — يعنى أن شرائط تطبيق القاعدة الأصلية غير متوافرة ، وتبعا فانه يصار منها إلى قاعدة أصلية أخرى هي التي يطلقون عليها الرخصة . فالتطرق بالكفر مثلا عند الاكراه مع اطمئنان القلب بالايان ليس استثناء من قاعدة أصلية وإنما هو حكم خاص يخصص الحكم العام وهو عدم جواز التلفظ بالفاظ الكفر . وقد اختلف العلماء في كون العزيمة والرخصة من الحكم التكليفى أو الوضعى فمن رأى أنهما يرجعان إلى الاقتضاء والتخير ورأى أن العزيمة اقتضاء والرخصة تخيير عدهما من التكليف ، ومن رأى أن الرخصة في الحقيقة عبارة عن وضع الشارع وصفا من الأوصاف سببا في التخفيف والعزيمة عبارة عن اعتبارها يرى العادات سببا للجري على الأحكام الأصلية الكلية عدهما من الوضعى .

ومن هنا أقول إن دخول الدولة الإسلامية مع دول المخالفين في معاهدة صداقة وتعاون غير محدودة الأجل — مثل ميثاق الأمم المتحدة في زماننا هذا — لا يجانب أحكام الشريعة ولا يخالف مبادئها لأنه استجابة لضرورات معاهدة تقتضيها أوضاع الجماعة الدولية . ولا يعتبر هذا حكما استثنائيا وإنما هو حكم أصيل استنادا إلى قاعدة أصيلة وهي نفى الحرج ودفع المضرة ، فإذا ما انتفت شروط تطبيق هذه القاعدة سقط حكمها ووجب تبعا وقف الآثار المترتبة عليها والتكوص عن الالتزامات الناجمة عنها ويمكن أن نعزو ذلك إلى القاعدة العامة في تغير الظروف لأنها كما اسلفت تعتبر في نظري قاعدة عامة — وليست شرطا — يحكم الالتزام في صورته المختلفة ويحدد أمده ومداه .

(ج) السقوط بالتقادم ، ذلك أن المعاهدة تسقط بسكوت أطرافها عن عدم تنفيذ أحكامها فترة من الزمن . وعلى الرغم من أن هذه الفكرة — لاسيما بالنسبة للتشريع — ليست محل قبول اجماعى في التشريعات الداخلية فإن هناك شبه اجماع على الأخذ بها في القانون الدولى .

ويبدو أنه لا بد أن ينقضى وقت ممتد لكى يمكن الاحتجاج بأن المعاهدة قد سقطت بالتقادم . ولذلك نجد أن بريطانيا تعلن في برلمانها سنة ١٩٤٣ أن المعاهدة

التي أبرمت سنة ١٦٧٣ بينها وبين البرتغال لازالت قائمة . بيد أنني اعتقد أن ، مرور عدة قرون على المعاهدة كاف لاعتبار أنها سقطت بالتقادم . والقول بأنها لازالت قائمة بعد كل هذه الفترة هو نوع من التجديد الرضائي وليس استمرارا للقديم ، ولذا يجب أن تتلاقى فيه الارادة الشارعة لبريطانيا مع الارادة الشارعة للبرتغال . على أنه لا يجوز أن يتخذ من السكوت وحده دليلا على سقوط احكام المعاهدة بالتقادم ، بل يلزم أن تقوم إلى جانبه قرائن تؤيد ذلك .

. والحكم في الشريعة الإسلامية هو أن الحق — كقاعدة عامة — لا يسقط بالتقادم ولكن إذا مضت مدة طويلة كان للمشرع أن يمنع سماع الدعوى إذا انكر الخصم الدعوى . (زهدى : يكن — المختصر في الوقف ، بيروت ١٩٦٦ ، ص ١٠٦) « استثنوا الغائب والوقف ولم يثبتوا له مدة فتسمع من الغائب ولو بعد خمسين سنة ويؤيده قوله في الخيرية من المقرر أن التحرك لا يتأتى من الغائب أو عليه لعدم تأتى الجواب منه بالغيبة . والعلة خشية التزوير ولا يتأتى بالغيبة للدعوى عليه فلا فرق فيه بين غيبة المدعى والمدعى عليه وكذا الظاهر في باقى الاعذار أنه لامدة لها لأن بقاء العذر وإن طالت مدته يؤكد عدم التزوير بخلاف الوقف فانه لو طالت مدة دعواه بلا عذر ثلاثا وثلاثين سنة لاتسمع كما أفتى به في الغامدية اخذا مما ذكر في البحر في كتاب الدعوى عن ابن الفرس عن المبسوط إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لاتسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على الحق ظاهرا . وفي جامع الفتوى عن تناول العتاتى قال المتأخرون من اهل الفتوى لاتسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة الا أن يكون المدعى غائبا أو صيبا أو مجنونا وليس لهما وى أو المدعى عليه اميرا جائرا . ونقل عن الخلاصة لاتسمع بعد ثلاثين سنة أهـ ثم لا ينفى أن هذا ليس مبنيا على المنع السلطاني بل هو منع من الفقهاء فلا تسع الدعوى بعده وإن أمر السلطان بسماعها » (نقلا عن محمد امين الشهير بجابن عابدين — رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، القاهرة ١٣٢٥ هـ ، ج ٤ ، ص ٣٥٨) .

كذلك فإن التقادم وإن لم يكن سببا من أسباب سقوط الحق فإنه قد يكون قرينة على ذلك والاثبات بالقرائن هو من الأمور التي اعتقد أن حجج المقرين به من الفقهاء المسلمين لها دلالتها المقنعة وأسانيدها المشبعة . وما يعتبر قرينة عند الفقهاء محل خلاف « والذي أختاره وأرجحه هو تعريف الشيخ عبد العال عطوة أن القرينة هي الأمانة التي تدلنا على الأمر المجهول استنباطاً واستخلاصاً من الأمانة المصاحبة والمقارنة لذلك الأمر الخفي المجهول ، ولولاها لما أمكن التوصل إليه فالبعرة تدل على البعير وأثر السير يدل على المسير — (ابراهيم بن محمد الفائز — الاثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٦٣) . وعندئذ قد يكون التقادم بينة في انقضاء المعاهدة ، أو ظاهر حال يشهد بانقضائها « إن القرائن ليست مقصورة على القرائن النصية أو الشرعية ، وهي التي نص عليها الشارع بل إن كل امانة يمكن استنباطها من واقعة مع قوة المقارنة والمصاحبة بينهما ، يمكن الاعتماد عليها في القضاء ، واعتبارها وسيلة في الاثبات وهذا يسمونه بالقرائن القضائية والفقهية ، وهذا — بطبيعة الحال — يختلف باختلاف العصور والأعراف والعادات والتقدم العلمي » (الفائز — المرجع السابق ، ص ٣١٢) . ولا أريد أن أطيل في مناقشة الموضوع فقد تعرضت له بهدف توضيح أن النظرية الإسلامية لا تقر بسقوط الحق بالتقادم ولكنها تجيز — عند الانكار — أن تتقادم الدعوى التي تحمي الحق . والتقادم هنا قد يكون سلطانياً — أي بأمر من ولي الأمر — أو قهرياً — أي باجتهاد الفقهاء . ويختلف الفقهاء حول مدة التقادم المسقطة للدعوى والممانعة من سماعها . واذن فالخقوق التي تقرها المعاهدات لا تسقط بالتقادم ولكن يجوز سماعها باتفاق الطرفين أو بناء على قاعدة عرفية دولية وأن يمنع سماع الدعوى بحق تدعيه دولة طرف ضد دولة طرف آخر — إذا انكرت الدولة المدعى عليها الحق وذلك إذا مضت المدة الاتفاقية أو العرفية . ومن هنا يمكن أن أقرر أن احكام العرف الدولي الراهن — هي التي تحكم لنا القاعدة في هذه الحالة . وفي قول آخر فإن النظرية الإسلامية تعتبر هذا من قبيل شئون الدنيا التي تترك تقريرها للدولة الإسلامية حسب مقتضى المصلحة .

فذلكة :

أما وقد انتهت من عرض اسباب انقضاء المعاهدة فأنى ارى الا ابرح هذا المقام قبل أن أناقش حرجا قد يستشعره البعض هنا إذ يحس أن النظرية الإسلامية ربما انحازت بعض الشيء للدولة الإسلامية فسمحت لها — في مجال التحلل من التزامات المعاهدة — بما لم تسمح به للطرف الآخر إذا كان من المخالفين . وفى رأى أن دفع هذا الحرج أمر ميسور إذا نحن فهمنا — فى وضوح كاف — مدى القوة الملزمة للمعاهدة فى قانون الأمم المعاصر .

إن فقهاء القانون الدولى يكادون يجمعون على أن الوفاق الدولى لا يعتبر ملزما من الناحية القانونية الا إذا قصد طرفاه إلى ذلك . أى أن الوفاق فى حاجة إلى نية وقصد كى يخلق حقوقا والتزامات يحكمها القانون الدولى . فإذا غاب ذلك القصد أصبح الوفاق يلا آثار قانونية *sans portée juridique* والدولة لها ببداهة حرية الدخول فى مثل هذه الوفاقات غير الملزمة ، ويبان ذلك أن الدول تحجم عادة عن أن تذكر صراحة فى الوفاق أنه مجرد من القوة الالزامية . ومن ثم فان استنباط هذه النية يستمد من قرائن كلغة الوفاق والظروف التى احاطت بالاتفاق والدوافع التى دفعت إليه . ويمكن أن اذكر هنا مثلا حديثا لوفاق دولى يفتقر إلى قوة الالزام تلك هى الصحيفة الختامية لمؤتمر هلسنكى سنة ١٩٧٥ التى وقعها ممثلو خمس وثلاثين دولة بعد ان اعلنوا فيها تصميمهم على العمل طبقا للأحكام التى تضمنتها . ويذكر نص آخر من بين النصوص الختامية أن تحيل حكومة فنلندا نصوب الصحيفة إلى الأمين العام للأمم المتحدة على الرغم من أن تسجيلها لا يعتبر واجبا فى مفهوم المادة ١٠٢ من ميثاق الأمم المتحدة من حيث أنها ليست معاهدة أو وفاقا دوليا فى مفهوم تلك المادة . وقد أبرز ممثلو الدول الحاضرون فكرة أن الصحيفة لا تتضمن تعهدا قانونيا . ولم يقصد بها أن تكون ملزمة لأطرافها (Russell, Harold-The Helsinki

Declaration. Broodingang or Lilliput 70 Ajil 24, 247, 248, (1976).

إن افتقار الوفاق إلى قوة الالتزام لا يعنى أن يصاغ دائما في عبارات غير قاطعة . فقد يكون الوفاق محدد العبارة واضح الارتباطات دون أن يكون إذا اجبار قانونى مثل ذلك الوفاق الذى أبرمه سنة ١٩٠٨ وزيراً خارجية كل من الولايات المتحدة الأمريكية واليابان بشأن الهجرة والذى ظل معمولاً به حوالى عشرين عاماً . وكذا وفاق لندن سنة ١٩٤٦ بشأن توزيع مقاعد مجلس الأمن . بيد أن هذا لا يؤدى إلى إهدار كل قيمة قانونية لتلك الوفاقات . ذلك أن هذه الوفاقات قد يترتب عليها مراكز قانونية وعندئذ يمتنع على أطرافها الطعن في سلامة تلك المراكز ، ثم إن لكل من أطرافها أن يتقدم للآخر بملاحظات حول تنقيح ما جاء بها من تعهدات لأن مقتضى إدراج الموضوعات المعنية ضمن هذه الوفاقات يعنى أن الموضوعات المذكورة لم تعد لهم دولة بعينها وحدها بل إنها أصبحت لهم كافة الأطراف المعنية . واذن فلا يجوز أن تعمى حقيقة أن إنهاء المعاهدات غير الملزمة أيسر من إنهاء المعاهدات الملزمة — لا يجوز أن تعمى تلك الحقيقة واقع الدور الذى تلعبه تلك المعاهدات .

ولما كان ما قدمت يمثل إجماع الفقهاء والعمل الدولى فإن فلسفته العامة تزكى اتجاهات النظرية الإسلامية لأن الفكرة الأساسية تقوم على أن النية هي الفارق بين اتفاق ملزم واتفاق غير ملزم ، وهذه النية هي العماد في النظرية الإسلامية الذى تدور حوله . كذلك القوة الملزمة للمعاهدة . فإذا كانت النية قد انجذبت للالتزام — أو كان حكم الشريعة هو فرض قوة الالتزام — فإن التزام الدولة الإسلامية يغدو أقوى وأكثر اجباراً طبقاً لأحكام النظرية الإسلامية على نحو ما ينتج آنفاً . وإذن فليس هناك من مبرر لنقد النظرية الإسلامية أو الزعم بأنها تحاى الدولة الإسلامية لأن هذه المحاياة — ان جاز تسميتها — محاياة — هي كذلك متأيدته الأحكام الدولية المجمع عليها اليوم .

ويحلولى — في هذا المقام — أن أنهى الكلام عن انقضاء المعاهدات بالتنبيه إلى أن الإسلام بلغ في الوفاء بعهوده لغير المسلمين خدأً يقعد فيه عن نصرة المسلمين على المتعاهدين . وإن تستصروكم في الدين فعليكم النصر إلا على قوم

بينكم وبينهم ميثاق » (البقرة / ١٩٠) . وهذا حد مثالي في رعاية الوفاء بالعهد القائم على نظرة انسانية عالمية شاملة تتجاوز المصالح المحلية وتتخطى الأغراض المحدودة حتى فيما يتعلق بالدين .

تقويم الدور الذي تؤديه للمعاهدة في العلاقات الدولية :

قلت فيما سلف إن نصوص المعاهدة — فيما اعتمدته من معنى لدراستي هذه — هي اجتهاد أو تقليد . وهي اجتهاد سلطاني لأنها تعتمد في قوة إلزامها على سطوة السلطان وهي تتضمن حقوقا والتزامات تتصل أولا بالسلطان — أى بالدولة — فطرفها هي الدولة وليس الفرد وتبرمها الدولة بما لها من إرادة شارعة تفرض الأصول وماتجهده به في الفروع .

وإذن فأول ميزة ايجابية للمعاهدة هو أنها تحقق للأحكام الإسلامية مايمكن أن يحققه التقنين الدولي في العصر الراهن فقد وجدت حركة التدوين عضدا لها في مفهوم وحدة البشر وسعيهم نحو عالم منظم .

ولامراء في أن أظهر حقائق تاريخ قانون الأمم هي الحركة التي تبتغي أن تحل القواعد المدونة محل الفتاوى العامة أو القواعد غير المكتوبة . ذلك أن كرامة أى نظام قانوني لا بد أن تتأثر مادام أن وجوده محل شك أو موضع طعن . ومن هنا فإن النظام القانوني يقترب من الكمال والفعالية بقدر ماتوافر له صفات الدقة والتحديد والتفصيل والجلدة . وكم عانى قانون الأمم المعاصر من افتقاره إلى الدقة والتأكيد بسبب أنه لم يكن ثمرة جهد سلطة مركزية ، الأمر الذي اضفى عليه سمة التعقيد والتناثر . ومن ثم فإن جهود تدوين قانون الأمم الوضعي تمثل تقدما جذريا نحو استكمال فكرة جماعة دول ذات نظام قانوني ويحكمها قانون عالمي . والأمر متماثل في الشريعة الإسلامية ذلك أن الأحكام الأصلية — أحكام القرآن والسنة — لم تأت دائما في صياغة قانونية وإنما جاءت في عبارات عامة وعندئذ فإنها تحتاج — من حيث الصياغة القانونية — إلى اللغة الفنية والتركيبات القانونية كي توضح أحكامها وتفصل مقتضاها . كما أن

احكام القضاء وأقوال الفقهاء قد تكون هي كذلك في حاجة إلى الصياغة والتحديد . ولا جدل في أن هذا الجهد التقني لا بد أن يخلف آثارا حميدة على حبك أحكام النظرية الإسلامية وجعلها أكثر يسرا لتناول المحتاجين لتفهمها أو تطبيقها . وقد استشعر بعض ذوي الرأي هذه الحاجة فسعى إلى تدوين احكام الشريعة الإسلامية وتقنينها . ويقتضى الانصاف أن انبه إلى أن سدنة هذه الحركة الميمونة — الذين يحاولون اجراء السفينة إلى مرساها — كانوا على المستويين : الفردى والحكومى ، وقد ألمحت إلى ذلك فيما سبق .

وتبعا فإن المعاهدات التى تنمط الأحكام الإسلامية يمكن أن تكون أداة طيبة — على مستوى الحكومات — لتدوين أحكام الشريعة الإسلامية والتمهيد لإعداد مقننة دولية تضم أحكام القانون الدولى الإسلامى .

الفصل الثالث فى نظام الحضرتين (الدبلوماسية) والنظام القنصلى

المبحث الأول فى نظام الحضرتين (النظام الدبلوماسى)

تعريف وتحديد :

الدبلوماسية Diplomacy-Diplomatie كلمة افرنجية ترجع فى اصلها القديم إلى اللغة الاغريقية وقد انتقلت منها إلى اللاتينية ثم إلى اللغات الاوروبية ، ومن الانجليزية الفرنسية استورد الكتاب اللفظة إلى اللغة العربية . وتعنى الكلمة فى أصلها اليونانى — الوثائق التى ترسل بها الحكام فى علاقاتهم الرسمية ولذا فإنها كانت تطوى كطى الكتاب للسجل وتضفى على حاملها امتيازات خاصة . فهى إذن صورة من صور البريد الذى يتخاطب به ساسة الدول يحملها ساع يمثل دولة وفحواها شأن من الشؤون الدولية . فلا عجب أن تظل آثار تلك السمات باقية إلى يومنا هذا فيما اصبح يسمى بالحقيقة الدبلوماسية .

وقد تطور المصطلح فى اكثر من معنى عبر العصور حتى اصبح ينصرف فى مدلوله المعاصر إلى علم وفن ادارة العلاقات الخارجية للدولة بالطرق السلمية . وقد تستعمل الكلمة فى معان اخرى ولكنها استعمالات مجازية . لأن المدلول الأنف هو الاكثر ذيوعا اليوم .

والدبلوماسية علم من حيث أنها تتطلب كسب معرفة واسعة . متعمقة بالعلاقات الدولية السياسية والقانونية والوقوف على الروابط التى تقررها المعاهدات الدولية . وهى فن من حيث أن الممثل الدبلوماسى « يحتاج فى أداء

مهمته إلى موهبة يستشف بها بواطن الأمور وبصيرة يستنبط بها الحقائق ويصل إلى النتائج وتحمل للمصاعب لا يفقده الرشيد في الملهمات (صلاح الدين المنجد — فصول في الدبلوماسية ، جزء ملحق بكتاب رسل الملوك والافراد ، ص ٩١) .

والحق ان انتشار التعبير الإفرنجي في الكتابات العربية دفعني إلى التنقيب عن مقابل له في اللغة العربية فوجدت بتوفيق من الله على مصطلح استخدمه العباسيون وهو « نظام الحضرتين » . وقد وردت اشارة إلى هذا التعبير في مؤلف الكاتب الإسلامي امير علي المعنون (A Short History of the Saracens, ed. 1921, p. 662) . وقد استعملت التعبير لسلامة دلالة لغة ومصطلحا .

فالحضور لغة نقيض الغيب والغيبة — كلمته بحضرة فلان اي بمشهد منه وانه لحسن الحضرة إذا حضر بخير . والحضرة قرب الشيء تقول كنت بحضرة الدار وحضرة الرجل قربه وفناؤه وفي حديث عمر بن سلمة الجرمي : كنا بحضرة ماء اي عنده ويقال انه ليعرف من بحضرته ومن بعقوته (لسان القرب ، لابن منظور ج ٣ ، اعداد وتصنيف يوسف خياط ، بيروت ، ص ٦٥٨) .

وهكذا نجد أن الحضرة تعني القرب والمشااهدة والسعي إلى الخير . ولما كانت دولة الابتعاث تقصد من وراء هذا الابتعاث أن يكون لها مقيم قريب من مسرح الاحداث مشاهد لجزريات الأمور ساع إلى تدعيم وشائج الخير بينها وبين دولة القبول . كما أن دولة القبول إنما تستقبل المبعوث فتأذن له بالاقامة المستمرة ليكون قريباً منها كما أن دولة القبول هي ايضاً دولة ابتعاث لمن يمثلها لدى دولة القبول بمعنى أن الدولتين تتبادلان الادوار فكل منهما دولة ابتعاث بالنسبة لرسولها ودولة قبول بالنسبة لرسول الدولة الاخرى فان كلا منهما يستقبل حضرة ويبعث بأخرى . ومن هنا كان مصطلح « نظام الحضرتين » مصطلحاً مناسباً كي يطلق في اللغة العربية كمقابل لعديله الإفرنجي « النظام

الدبلوماسى «ولذا فانى استخدم المصطلح هنا بهذا المعنى كما أطلق على الممثل الدبلوماسى «ممثل الحضرتين» . وقد يكون من المناسب أن نقصر المسمى على رئيس البعثة حيث ان هناك مسمى آخر يصلح للدبلوماسى عموما ذلك انه يمثل حضرة لدى حضرة اخرى وانه يحمل اوراق اعتماد حضرة تمثيلها لدى حضرة دولة اعتماد لذلك التمثيل من تلك الحضرة الاخرى . كما ان السلك الدبلوماسى هو «سلك الحضرتين» . وغنى عن القول ان ماأراه هو من قبيل اصفاء مدلول فنى على لفظ عربى ومن ثم فان التطابق اللغوى الدقيق مع المقصود الفنى ليس شرطا لازما لذلك . بيد اننى قد لا اتمسك بهذه المسميات العربية دائما على النحو الذى اقترحه — فى ثنايا هذه الدراسة — لانها جديدة على السمع العربى وتحتاج إلى بعض الوقت كي يستوعبها الذوق العربى الذى افسدته محاكاة الغرب .

وقد ادهشنى ان الدراسات الإسلامية تخلو من قول واضح فى النظام الدبلوماسى — أو نظام الحضرتين — يعالج جوانب الموضوع ويناقش مشكلاته على نمط ماتجربى به الدراسات المعاصرة . ولعل أشهر مايجب فى هذا الموضوع هو كتاب «رسل الملوك ومن يصلح للرسالة والسفارة» لآلئ على الحسين بن محمد المعروف بابن الفراء (وقد طبع سنة ١٩٤٧ بمطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة) .

ولكن هذا الكتاب — شأنه شأن غيره من الدراسات الاسلامية التى تناولت الموضوع — يصرف همه إلى اوصاف ممثل الحضرتين وطرائف ماعرفه التاريخ من أقاصيص هؤلاء السفراء . وانى لا أنكر أن الاهتمام ببيان مايجب أن يتوفر فى الرسول من صفات ومايجب أن يتحلى به من سمات وحكاية مايقابل به السفراء من حفاوة وترحاب ، وسوق امثله من نوادر هؤلاء هو من بين النقاط التى تستكمل بها الدراسة ويزركش بها البحث ولكنها ليست هى جوهر الدراسة ولا هى لب الموضوع فهى معين محدود الفائدة فى استجلاء معميات القضية واستيضاح جوانبها القانونية . فلا عجب اذن ان اجد الطريق

أمامى وعرة المسائل غير ممهدة الدروب . ومن هنا كان الاجب - الشخصى
سيلا مندوبة لمناقشة نظام الحضرتين فى اطار متطلباته : - يثة ومتكلاته
المعاصرة ومن ثم فان دراسة نظام الحضرتين بل والجزر . لاغلب من قانون
السلام - يعد مجالا خصبا لتطبيق مدرك المصالح المر . (أو الاستصلاح أو
الاستدلال ايا كان المسمى) وغيرها من ضوابط . ضرورة فى التفسير .

رجعة إلى الوراء :

ليس يحفى أن نقول إن نظام السفارة - بمقدم العلاقات البشرية ولكن نظام
السفارة الدائمة حيث يستقر السفير لدى دولة القبول لم يعرف الا مع توفر
قدر كاف من علاقات السلام بين الدول . ولذا نشهد الملاح المبكرة لتلك
السفارة الدائمة تتبدى مع مطلع القرن الثالث عشر . وكانت لتلك النقطة
معقباتها على تطور نظام الحضرتين من حيث من تجمعهم الحصانة ، إذ امتدت إلى
حاشية السفراء ومن يعولون وانتقل مفهوم الحصانة الشخصية من مجرد ضمان
ارتحال المبعوث هو وأسرته محرية إلى دولته دون مساس به اللهم الا جواز
تحسس ملابسه للتأكد من أنه لا يحمل سلاحا إلى حرية شاملة تؤمن امواله
وتحرم التعرض لشخصه .

وأغلب الظن ان السفارة الدائمة هى الصورة المشروعة لنظام سبقها من
التجسس حيث كان العميل يبتعث إلى البلد الاجنبى ليقيم هناك يتجسس
الاخبار ويوافى بها دولته ويتنصت الى سنده فلا غرو ان تظل
اثار هذه السفارة الخفية عالقة بالاذهان حتى اليوم فى النظرة إلى المبعوث . بيد
هذا لم يحل دون تطور حصانات المبعوثين وامتيازاتهم تطورا حثيثا جبرها فى
اوائل القرن التاسع عشر لان تقنن فى وفاق دولى عام وان تتابع مسيرتها عبر
التغيرات الدولية لتكون محل مراجعة دولية فى وفاق حديث (وفاق فيينا فى
١٨ ابريل سنة ١٩٦١) .

ولم تكن السفارة عند العرب بأقل اهمية عند غيرهم . والقارىء لتاريخ
العرب يجد ان العرب حتى فى جاهليتهم عرفوا السفارة بمعنى قريب من معناها

الحديث وكان لقريش قصب السبق في ذلك المضممار . فقد استخدم العرب السفارة فيما بينهم وكذا فيما بينهم وبين القبائل والشعوب المجاورة لتبادل المنافع من الجيران فضلا على حاجتهم إلى كسب الانصار فيما كان ينشب بينهم من معارك حامية وحروب ضارية وساعدهم على تطوير نظام السفارة ماتمتمع به الجزيرة العربية من موقع استراتيجي بفضل متاخمتها لمرتكزات الحضارات القديمة . وتحفل كتب التاريخ بأخبار رسل العرب إلى الملوك ووفادتهم على الحكام واستقبالهم لبعثات تحطب ودهم وتبستحث مؤزارتهم . كما كانت رحلة الشتاء والصيف شريانا يصل بين جنوب الجزيرة وشمالها ومايواكب ذلك من صلات سياسية ووفاقات تجارية وقد ذكرى هذا أن مقدسات العرب الكبرى كانت تضمها مناطق في الجنوب واخرى في الشمال فالكعبة في الجنوب وبيت المقدس في الشمال ولذا فان مواسم الحج كانت مناسبات للتفاوض و ابرام الاتفاقات « ووجد منقوشا على سد مأرب مايفيد قدوم سفارات للتهشة على ابرهة من شتى الامصار والممالك سنة ٥٤٣ ميلادية إثر انتصاره على الحميريين وتأسيس أول دولة مسيحية باليمن ... ومن المعروف أن آخر سفراء قريش في الجاهلية كان عمر بن الخطاب قبل أن يسلم » (حسن فتح الباب — مقومات السفراء في الإسلام ، القاهرة ١٩٧٠ ، ص ١٣ — ١٧) . وقد شهدت علاقات الشمال بالجنوب اطراف سفارة في التاريخ وهي سفارة هدهد سليمان الى بلقيس ملكة اليمن . كما اننى لا انسى في تاريخ جاهلية العرب سفارة عمرو بن العاص إلى نجاشي الحبشة ليحمله على تبليغ اللاجئين المسلمين إلى قريش والتي منى فيها عمرو — وهو المخاور الاخير — بالفشل الذريع أمام حجة الإسلام الدامغة .

ويروى الواقدي ان قريشا في الجاهلية كانت إذا ارسلت رسولا إلى بعض الملوك قالت له « احفظ شيئا : انتهر القريضة فإنها خلصة وبت عند رأس الأمر لا ذنبه واياك وشفيعا مهينا فانه أضعف وسيلة واياك والعجز فانه أوطأ ركب و عليك بالصبر فانه سبب الظفر ولا تخف الغمر حتى تعرف القدر » فاذا توجه للمسير قالت له « اللهم قو ضعفه واحرس غفلته وشد منته ، اللهم اظرو عنه

غول الأرض وهولها وحببه إلى اصحابه واحمله على ركابه وسلم له عصيها وقصبتها وأرو عنه وعنهما الاعراض والامراض حتى تؤد به سالما إلى سالمين « (ابن الفراء — رسل الملوك ، المرجع السابق ، ص ٣٨) .

تطور نظام الحضرتين في الدولة الإسلامية :

اهتمت سفارات العرب في جاهليتهم بتوطيد اواصر العلاقات التجارية ولكن تغيرا جذريا طرأ على غايات تلك السفارات مع ظهور الدعوة الإسلامية . ذلك ان الرسالة في القرآن انصرفت في أول عهد الدعوة إلى معنى رسالة الانبياء المرسلين . وذلك هو مانصت عليه كثير من آيات الكتاب الكريم . من ذلك قوله تعالى « كما ارسلنا فيكم رسولا منكم يتلو عليكم آياتنا ويزكيكم ويعلمكم الكتاب والحكمة » (البقرة / ١٥١) وقوله عز من قائل « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل » (النساء / ٦٤) وقال تبارك اسمه « ياأيها الناس قد جاءكم رسولنا يبين لكم على فترة من الرسل أن تقولوا ما جاءنا من بشير ولا نذير » (المائدة / ٢١) . وقال سبحانه وتعالى « إنا ارسلناك بالحق بشيرا » (البقرة / ١١٩) . والآيات عديدة في هذا المعنى . ومن ثم فإن السفارة بدأت سفارة إلهية يتسفر بها رسول كريم . وبدهى ان تنفيا سفارة كهذه مقاصد دينية وتسعى الى تحقيق غايات عقائدية .

واهم الكتاب العزيز بيان ان المبعوث الالهى يجب ان يكون ممن يتكلمون لغة القوم الذين يبعث فيهم لإن ذلك أحج عليهم وأدعى لتفهم دعوته « وما أرسلنا من رسول إلا بلسان قومه ليبين لهم » (النساء / ٦٣) . ولما كان المبعوث إلهيا فإن بعثته لابد أن تكون محل قبول ولذا حذر القرآن من عدم الانقياد لما يأتي به الرسل « انا ارسلنا اليكم رسولا شاهدا عليكم كما ارسلنا إلى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول فاخذناه أخذا ويلا » (الزمل / ١٦) . « وماكان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمهارسولا » (القصص / ٥٩) « وماكنا معذنين حتى نبعث رسولا » (الانراء / ١٦) .

وهكذا غلب المفهوم الدينى على السفارة الإسلامية فى أول عهد الإسلام وقت ان كان منطلق دعوته من أم القرى . وكانت وسيلة السفارة فى الدعوة إلى الإسلام ونشر الدعوة هى الحكمة والموعظة الحسنة . ومن أطرف السوابق على ذلك سفارة الباقر إلى الروم لمناظرة القساوسة هناك لما اتسمت به المناظرة من قوة فى الحججة وعمق فى المنطق ، فلما كانت الهجرة إلى المدينة وتبدت شواهد ظهور دولة المدينة الإسلامية بزيادة الرسول ﷺ كان لابد من أن تضاف اغراض اخرى إلى الغرض الأولي ذلك أن نشر الدعوة الإسلامية يقتضى تدعيم اركان الدولة الناشئة وتأمين علاقاتها مع جيرانها . وهكذا بدأت السفارة الإسلامية يتسع نطاقها وتتعدد اغراضها وفى مقدمة مااستحدثت من اغراض عقد الهدنة واقتضاء الجزية وابرام معاهدات الصلح . ويقول القرطبي إن المشركين كانوا يطلبون لقاء الرسول ﷺ لاجل الكلام فى الصلح وغيره من شئون دنياهم (تفسير القرطبي ٨ / ٧٧ ، طبعة دار الكتب العربية) . ولكن بقيت الدعوة إلى العقيدة ورفع ألويتها هى الهدف الاساسى من الدبلوماسية الإسلامية ، ولم تخرج الدبلوماسية الإسلامية — على عهد الرسول — عن تصوراتها المعروفة وقتئذ — فكانت هناك السفارات العلنية لإدارة مهام بعينها وكانت هناك السفارات الخفية لتسقط الاخبار ومراقبة الاوضاع .

أما عن السفارة العلنية المؤقتة فمنها ان الرسول ﷺ ارسل جريرا بن عبد الله إلى ذى الكلاع وأرسل شجاع بن دهب الاسدى إلى جبلة بن الأيهم . قال الواقدي « بل إلى شمر بن الحارث بن أبى شمر وأرسل إلى المقوقس صاحب مصر حاطب بن أبى بلتعة حليف بنى أسد فأكرمه ووصله وبعث إلى رسول الله بمارية ام ابراهيم ومعها رفض واختها ام عبد الرحمن بن حسان بن ثابت وبغلته دلدل وحمارة يعقور . . . وأرسل عمرو بن العاص إلى خيبر وعيد بن الجندى بن المستكبر لازدمين بعمان فأسلما وغلبا على عمان وأرسل وحيّة بن خليفة الكلبي إلى قيصر ملك الروم وأرسل عمرو بن أمية إلى النجاشي وأرسل سليطا بن عمر أخا عامر بن لؤى إلى اهل البصرة» يضيف الواقدي أن

الرسول ﷺ ارسل إلى هوزة بن على الحنفى وأرسل العلاء بن الحضرى حليف بنى أسد إلى المنذر بن ساوى العبدى وأهل البحرين وبعث المهاجر بن ابي امية المخزومى إلى الحارث بن عبد كلال الحميرى بملك اليمن . وارسل عبد الله بن حذافة السهمى إلى كسرى بن هرمز (ابو الفراء — رسل الملوك ، المرجع السابق ، ص ٤٢) . وجدير بالذكر أن هذه السفارات ذات الطابع الدينى الراجع لم نخل من عنصر سياسى يتمثل فى أن نفوذ الإسلام هو نفوذ للعرب فهم حملة لواء الدعوة ولغتهم هى التى نزل بها القرآن الكريم .

وأما السفارات الخفية فكان منها العباس فى مكة وأنس بن أبى مرثن الفنوى فى اوطاس (قرب الطائف) والمنذر بن عمر السعيد (الذى يعرف باسم (اعتق ليوث) (Hamidullah, M.- The Muslim Conduct of State, Lahore , 1941, p. 143).

وكان طبيعياً أن يحىء عهد الخلافة الراشدة امتداداً يكمل مابداه الرسول وأول علامة لذلك أن ابا بكر أخرج سرية خاصة كان الرسول ﷺ قد اعدّها قبل وفاته . والحق أن السفارة الإسلامية — بسمتها الدينية — ليست بدعا من السفارات فقد سبقتها فى الغرب سفارات البابا إلى ملوك فرنسا وأباطرة بيزنطة . وكان مبعوثو البابا هؤلاء يسمون « المسؤولين Responsables » ثم تطورت مهمتهم فاصبحوا يوفدون فى بعثات سياسية أو لتمثيل البابا فى امر من الامور وعندئذ اصبحوا يسمون المنبويون « Legats » . فلما جاءت السفارة الدائمة كان سفراء البابا يقومون إلى جانب الوظائف الروحية ببعض المهام الزمنية ، وأطلق على ممثلى الدرجة الأولى منهم لقب « قاصد رسولى Nonce » وعلى ممثلى الدرجة الثانية لقب « نائب قاصد رسولى Inter-nonce » .

ولم تختلف السفارة الإسلامية — طبيعة وغاية — فى عهد الامويين عنها فى عهد الخلافة الراشدة ، ذلك أن الحروب التى استمرت بين الامويين وبيزنطة لم توفر مناخ السلام الذى يسمح بدخول الامويين فى علاقات سلمية مع البيزنطيين . وتذكر المصادر التاريخية أن العلاقات السياسية جرت بين العرب

والصين في عهد هشام بن عبد الملك وان هشاما اوفد رسولا اسمه سليمان إلى ملك الصين عام ١٠٨ هـ . وتوثقت صلة المسلمين بالصين في العصر العباسي حين أرسل العباسيون جندا من جندهم ليعينوا ملكا على آخر فطاب للجنود المقام هناك وتزوجوا من نساء الصين .

كما أن ما أصبحت عليه الدولة الإسلامية — في عصر العباسيين — من خطر ورهبة جانب انعكس على السفارة فعظم شأنها وتكاثرت الوفود المرسلة والقادمة فابتعث المنصور رسلا إلى ملك الفرنجة نزلوا في مارسيليا وقضوا فترة الشتاء في متز واقاموا في قصر سلس على شاطئ اللوار . وأرسل رسلا آخرين إلى ملك الروم واستقبل رسلا من الفرنجة والروم وكذلك فعل المهدي . فلما جاء هارون الرشيد تعددت الرسل بينه وبين شارلمان وتحقق نوع من توازن القوى الدولي إذ تحالف هارون الرشيد مع شارلمان وقام حلف جمع مملكة الروم الشرقية ودولة الامويين في الاندلس . وهكذا كانت بغداد خلية لنشاط سياسي عريض وأقبل عليها وفود من الحبشة والخزر والصين . وتعددت السفارة العباسية الروم إلى البلقار والصين وبلاد الصقالبة . ومن الطريف أن بعض هذه السفارات كانت لأغراض ثقافية بغية دراسة الكتب النادرة وتبادل العلماء وتيسير مهام الباحثين .

فلما ضعفت سلطة الخليفة العباسي وتفسخت الدولة في امارات اقطاعية ظهرت صورة خاصة من صور البعثات الدائمة إذ كان للخليفة رسل تقيم لدى بلاط هؤلاء الامراء في نيسابور ومرو والموصل ودمشق وغيرها ، كما كان يستقبل وفودا من هؤلاء الامراء . وكان مبعوثو الخليفة اشبه بممثل البابا وقتئذ فكانوا يصاحبون الحكام في غزواتهم . ولذا شوهد بعض هؤلاء في معسكرات ألب أرسلان والملك شاه ونور الدين محمود وصلاح الدين كما كانوا يعملون — لاسيما في عهد الأيوبيين — على مصالحلة الامراء وتسوية صراعاتهم الدامية . فنجد مثلا أن ابا الفداء مبعوث الخليفة هو الذي يسوى النزاع بين أبناء الملك المظفر .

أما ممثلو الامراء فكانوا يسمون « شحنة » والشحنة عند العامة بفتح الشين هو الامير وقال الازهرى شحنة الكورة — بكسر الشين — من فيهم الكتابة لضبطها من اولياء السلطان — (لسان العرب لابن منظور ، اعداد وتصنيف يوسف خياط ، بيروت ، ج ٢ ، ص ٢٧٩) . وأرى أن من المناسب كثيرا أن نطلق المصطلح العرفي « شحنة » على مايعنيه المصطلح غير العرفي « الدبلوماسية » فيكون الشحنة هو اللفظ العرفي للدبلوماسية ومهتهم الاساسية مراقبة تحركات الامراء الآخرين ، ولذا فإن « الشحنة » كان يحرص على الاقامة في مناطق قريبة من بغداد مثل البصرة وتكريت والواسط (لمير على — المرجع السابق ، ص ٤٠٧ — ٤٠٨) . تلك هي الصورة المبكرة للاستفارة الدائمة التي سبقت بدايات السفارة الدائمة التي نعرفها اليوم بأكثر من أربعة قرون ولكن شاءت الاقدار الا تستمر تلك الصورة طويلا إذ اُحمت آثارها عند ملوك المغول ببغداد (٦٥٦ هـ) ..

كذلك قطعت السفارة شوطا بعيدا من التطور في العهد الاموى بالاندلس . فقد ألفت أم النصرانية — على قول المقرئى — بيد الطاعة للامويين وأوفدوا عليهم رسلهم وهداياهم في سبيل المهادنة والمعايشة السلمية ولم تبق امة سمعت بهم في مشارق الارض ومغاربها إلا وقد أوفدت عليهم الوفود . وبدهى أن يقابل ملوك الاندلس هذا الفيض من الوفود بوفود يتعثونها إلى الروم والفرنجية وانجوس وغيرهم . وكانت المنافسة واضحة بين بغداد وقرطبة — على مستوى المسلمين — وبين بيزنطة واكس لاشايل — على مستوى الفرنجة . وكان طبعيا في هذا التأخي الدولي أن يقوم توازن بتحالف يجمع المنافسين لقاء المنافسين . وخلقت تلك الاوضاع آثارها على العلاقات الدولية والسفارة إذ بدت اهمية الالتجاء إلى السفارة لتحقيق اهداف السياسة الخارجية وفض المنازعات الدولية وتبدت فعالية « نظام الحضرتين » . كبديل يغنى عن السيف ويهدد من شدة العنف . وبدهى أن يدفع ذلك إلى الاهتمام بدراسة النظام ومحاولة ارساء قواعد له وأصول .

إن تتبع تاريخ السفارة الإسلامية أمر قد يطول شرحه ولكنني اجتريء بما قدمت لاسيما وأن الدول الإسلامية بدأت تبعد بعد ذلك عن أن تتقيد في علاقاتها الخارجية بأحكام الشريعة الإسلامية بحيث يصعب على أن اتخذ من سلوكها في العصور التالية مثلا لنماذج اسلامية تبنى عليها نظرية شرعية .

السفارة في الإسلام : ضرورة أم خيار ؟

يطيب لي قبل أن افصل مأراه من احكام السفارة في النظرية الإسلامية أن اطرح سؤالاً أولياً : هل تفرض النظرية الإسلامية على الدولة الإسلامية أن تجعل من السفارة جزءاً من نشاطها الخارجى أم تترك لها الخيار إن شاءت ابتعت، وإن شاءت قطعت .

إن اول ما يتبادر إلى الذهن في الاجابة على هذا السؤال هو أن رسول الله ﷺ — ومن بعده الخلفاء الراشدين — مارسوا السفارة إيجاباً بيعث الوفود وسلباً باستقبالهم وأن هذه السنة كوت عرفا يكفي لتأكيد أن نظام السفارة كسب ركيزة مستقرة في النظرية الإسلامية . ولكنني أرى ان هذا الجواب لا يشفى الغلة لأن سفارة الرسول ﷺ وخلفائه كانت — كما اسلفت — ذات طابع ديني غالب ثم انها كانت سفارة مهمات عارضة ومؤقتة وتبعاً فان تساؤلي لازال يحتاج إلى مزيد من التمهيص .

ويبدو أن جمهور الفقهاء مقتنع بأن الاساس القانوني للسفارة في النظرية الإسلامية هو قوله تعالى « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » (التوبة / ٦) . وقد قال ابن كثير في تفسير هذا « والغرض : أن من قدم من دار الحرب إلى دار الإسلام في اداء رسالة أو تجارة أو طلب صلح أو مهادنة أو حمل جزية أو نحو ذلك من الاسباب وطلب من الامام أو نائبه أماناً أعطى اماناً مادام متردداً في دار الإسلام وحتى يرجع إلى داره ومأمنه ووطنه » (تفسير ابن كثير / ٣٣٧ ، طبعة الباني الحلبي) .

ولكنى لا اسير هذا القول ذلك أن الآية الكريمة نص في الامان ونحن
 بصدد السفارة الدائمة ثم إنها تتكلم عن اجارة المشر كين ، والسفارة الدائمة انما
 تكون اساسا بين الدول الإسلامية والدول الكتائية، أو الدول المشر كة. والرأى عندى
 أن علاقة الدول الإسلامية بالدول المشر كة علاقة واقع وليست علاقة قانون ومن ثم
 فإنها يجب أن تكون في اضيق الحدود وماتقضى به الضرورات التى تبيح
 المحظورات . وهذا هو ما فسر به العهد الذى عاهد به الرسول ﷺ القبائل
 التى سكنت ما بين المدينة وساحل البحر الاحمر مثل جهينة وبنى نحر وغفار .
 والتفسير الذى قال به القرطبى يفترض تصورا قلت إنه ليس من احكام الدين
 وإنما هو وصف لواقع دولى فى عصر من العصور ألا وهو تقسيم العالم إلى
 دار حرب ودار اسلام فضلا على انه فسر الآية على انها خاصة بمن يقدم من دار
 الحرب اما القادم من دار العهد أو دار الصلح فلا يدخل فى حكم الآية .
 ولا ننسى أن الحكمة من الاجارة فى الآية هى ان يسمع من يمنح الامان —
 بحسب التعبير القرآنى — كلام الله « ذلك بأنهم قوم لا يعلمون » . وتلك
 ليست هى الغاية من السفارة الدائمة ولا هى القصد الاساسى من استقبال
 الدولة الإسلامية لمبعوثى الدول غير الإسلامية . كما إنها لا تقدم سنداً قانونياً
 لابتعاث الدولة الإسلامية ممثليها إلى الدول غير الإسلامية . لكل هذا لأرى أن
 الاحتجاج بالآية الكريمة يمكن أن يغنى فى البحث عن الشاهد القانونى لنظام
 الحضرتين فى صورتيه الانجائية اى الابتعاث ، والسلبية. أى الاستقبال .
 واذن فلا بد لنا من التفتيح عن اساس آخر .

والجواب عندى استمده من قوله عز وجل « يا ايها الناس إنا خلقناكم من
 ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » وذلك أن هذه الآية الكريمة تدل
 على الاتى :

- أ — تخاطب الناس دون تمييز فهى تنجيه بحكمها إلى الشعوب والقبائل بغض
 النظر عن العقيدة .
- ب — الخطاب فيها جماعى بمعنى أن الحكم يتصل بعلاقات المجموعات أو
 الجماعات والشعوب والقبائل وليس قاصرا على الافراد .

ج — الامر فيها يتطلب من الجماعات أن تتعارف أى ان تدخل في علاقات يقرها العرف وتقبلها السجية السليمة .

فإذا كاد الامر هو ما قدمت فإن مقتضى الآيه هو أن الدخول في علاقات عرفية يعتبر حقا من الحقوق الاساسية للدول ، وتبعاً فإن تبادل السفارة فيما بينها — كوسيلة من وسائل التعارف — هو حق لكل منها ومادام هو حق فإنه واجب ايضا لان الحق والالتزام وجهان لصورة واحدة فكل حق يقابله التزام وكل التزام يقابله حق . ومن ثم فإن النظرية الإسلامية تعتبر ان علاقات الحضرتين ضرورة تفرضها علاقات التعارف وتمنع تبعاً ان تنعزل الدولة الإسلامية عن غيرها من الدول وتأتى عليها ان تتوقع على ذاتها في برج عاجي خاص بها وحدها . ويذكرى قولى هذا أن وظيفة رسول الحضرتين تدور في إطار العلاقات السلمية التى هى وشائج تعارف الشعوب وتقارب الأمم . ويمكن ان اضيف إلى ذلك مسلك الرسول الكريم فيما بعث به من رسل إلى الملوك والحكام المجاورين وأذكره عليه أفضل الصلاة والتسليم فى صلح الحديبية إذ كانت السفارة أدواته فى مهادنة المشركين .

وإذا كان العلى القدير قد اتخذ من سفارة الانبياء واسطة لاقامة السلام بينه وبين عباده فما أخرى عباده بأن يمثلوا حكمته فتكون السفارة آية من آيات اقرار السلام فيما بين الدول .

والنظرية الإسلامية — فى نظرتها إلى السفارة — تتقبل السفارة بنوعها : السفارة العارضة والسفارة الدائمة . أما السفارة العارضة فركيزتها تستند إلى السنة النبوية واما السفارة الدائمة فدعاماتها فى احكام الأمان أو الجوار ذلك أن السفير المقيم يعد فى نظرى مستأمناً من نوع خاص أو مجاوراً كما اوضح فى حينه .

أما والسفارة بشقيها مقبولة فى احكام الإسلام فإنى ارى سعياً لحسن العرض وبعداً عن الخلط ان اخص المبعوث ذا المهمة المؤقتة بمسمى « الرسول » وأن اطلق على المبعوث المقيم لقب « السفير » ولو أن هذا التخصيص لا يستند إلى المعنى اللغوى ولكنه تخصيص فنى فحسب وأيهما يمكن أن يسمى « شحنة » .

الأساس الفلسفى لنظام الحضرتين :

اجتهد الفقهاء فى البحث عن سند فلسفى لما يتمتع به المبعوثون من حصانات ومزايا وتشعبت آراؤهم فى هذا المجال إلى ثلاث نظريات :

أ — فهناك نظرية امتداد الإقليم ، ومؤداها أن المبعوث يعتبر — بوصفه ممثلاً لشخص رئيس دولته — وكأنه لم يغادر إقليم دولته لأن دار السفارة التى يباشر فيها مهمته هى فى حكم الامتداد لإقليم الدولة التى يمثلها . والغريب أن هذه النظرية لازالت تلقى قبولا لدى الفكر العام العالمى على الرغم مما تثيره من نقد شديد اذ تقوم على محض الافتراض الذى لا يمثل الواقع ويتجافى الحقائق ، ذلك أن تمتع المبعوث بحصاناته لا يعفيه من احترام القوانين المحلية ، وكل ما هنالك أن حصانته قد تحول دون محاسبته على مخالفته للقانون المحلى أمام القضاء المحلى . ثم إن اعتبار السفارة جزءاً من إقليم دولة أخرى يقتضى أن تراعى اجراءات دخول الإقليم الاجنبى والخروج منه — كالتأشيرات مثلاً — فى كل مرة يدخل فيها المرء دار السفارة أو يخرج منها ولذلك فقدت تلك النظرية سندها فى تبرير الحصانات ولو أنها لازالت عالقة بأذهان الجماهير .

وأرى ان هذه النظرية لا تناسب الفكر الإسلامى لاسيما إذا كانت الدار دار بعثة لدولة غير اسلامية لأن الأخذ بهذه النظرية يعنى أننا — فى كل مرة نقبل فيها بعثة لدولة كتائية أو غير كتائية — نقتطع جزءاً من دار الإسلام لنجعلها جزءاً من دار العهد أو الحزب ثم نزيد بأن نضفى على تلك الدار حصانات وامتيازات وكأن دار العهد تتميز تحت ظل السيادة الإسلامية بما لا يضى على دار الإسلام .

٢ — وهناك نظرية الصفة النيابية ، ومؤداها ان ما يتمتع به المبعوثون من حصانات وامتيازات يستند إلى صفتهم النيابية من حيث أنهم ينوبون عن رؤساء الدول التى يمثلونها . وتقتضى هذه النيابة أن يتوفر للممثل ما يصون كرامته ويعزز هيبته دولته فهو صوت الرئيس الذى ابتهته . ولكن هذه النظرية تضيق عن تفسير الكثير من جوانب الحصانات والامتيازات الدبلوماسية . فهى مثلاً

لاتفسر لنا كيف أن الممثل الدبلوماسي يتمتع بحصانات لدى دولة غير تلك التي يعتمد عليها . كما تتناقض مع خضوع المبعوث لما قد تفرضه دولة المقر من إجراءات يستدعيها صالحها كحظر استيراد أشياء بعينها .

وفي رأيي ان هذه النظرية لا تنسجم كذلك مع المفاهيم الإسلامية ذلك أن رئيس الدولة قد يكون مهدر الدم عند المسلمين ومع ذلك فإن رسله يتمتعون بالحصانة فلو انهم عوملوا بنيابتهم لما أمنوا على انفسهم . والمثل الواضح هم رسل مسيلمة الكذاب الذين وفدوا على الرسول ﷺ يتفاوضون على اقتسام الأمر بينه وبين مسيلمة . فلو أن مسيلمة حضر بنفسه لكان للرسول ﷺ معه شأن آخر ولكن رسله نالوا الأمان وعادوا سالمين .

٣ — والنظرية الثالثة هي نظرية مقتضيات الوظيفة ، وتبنى هذه الوظيفة على فكرة الضرورة من حيث ان الضرورة هي التي توحى بأن نضفى على الممثلين الدبلوماسيين حصانات وامتيازات توفر لهم في ممارستهم لوظائفهم حدا من الاستقرار والطمأنينة لا تعكره المؤثرات ولا تنفضه الاهواء . وتلك هي النظرية التي لقيت تأييد جمهور الفقهاء لانها اكثر النظريات مسيطرة لمنطق الامور واشملها في تقبل مبررات لا تتسع لها النظريتان السالفتان . وقد ارتاحت لجنة القانون الدولي إلى تلك النظرية ف اشارت إلى ذلك في تقرير قدمته بهذا الشأن إلى الجمعية العمومية للأمم المتحدة سنة ١٩٥٦ .

وعندى أن هذه النظرية هي اقرب النظريات الثلاث إلى منطق النظرية الإسلامية . ذلك أن القاعدة الاصولية تقرر أن ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب . وقد شرحت فيما تقدم أن قيام الاعراف بين الدول امر تقتضيه الارادة الالهية وتلزم به الآية الكريمة فهو واجب . ولما كانت السفارة وسيلة من أهم وسائل تحقيق تلك الاعراف والسهر عليها . فإن السفارة ايضا واجب وحيث أن نظام الحضرتين لا يزدهر ولا يحقق اغراضه الا إذا توافر له المناخ الملائم ولا يتوفر المناخ الملائم الا اذا ضمن المبعوث قدرا كافيا من الحرية في ممارسته لوظائفه ولا يكون ذلك الا بتقرير حصانات وامتيازات له . ولذا فإن

الحصانات والامتيازات التي توفر ذلك الجو هي مما لا يتم الواجب الا به فهي واجب . وفي قول آخر فإن الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها ممثل الحضرتين انما تستند في النظرية الإسلامية إلى مبرر فلسفي — هي مقتضيات الوظيفة .

ومادمت قد انتهيت إلى أن مقتضيات الوظيفة هي السند الفلسفي لنظام الحضرتين فإن تلك المقتضيات هي نافذة التي اطل منها عند تحديد اصحاب الحصانات والامتيازات ومناقشة ما يتمتعون به من حصانات وامتيازات .
مراتب ممثلي الحضرتين :

ظلت الأمور المتعلقة بالصدارة وما يرتبط بها من مسائل من بين النقاط التي طالما اثارت خلافا بين الدول الى ان تم الاتفاق فيما بينها على تصنيف الممثلين الدبلوماسيين وصدرت بذلك معاهدة جماعية (معاهدة فينا سنة ١٨١٥) . ثم جرت مراجعة تلك المعاهدة في معاهدة اخرى ابرمت بفيينا ايضا سنة ١٩٨١ .

ويصنف رؤساء البعثات الدبلوماسية — حسبما جاء في العمل الدولي اليوم — في الطبقات التالية :

- ١ — السفراء ، ويعتمدون لدى رؤساء الدول . ويحمل مندوب الكرسى البابوي من هذه الطبقة لقب قاصد رسول .
- ٢ — المبعوثون والوزراء ، ويعتمدون ايضا لدى رؤساء الدول . ويحمل مندوب الكرسى البابوي من هذه الطبقة لقب نائب قاصد رسول .
- ٣ — القائمون بالأعمال ، ويعتمدون لدى وزراء الخارجية .

وتتفق الدولتان المعنيتان على طبقة رئيس بعثة كل منهما لدى الآخر . وتسير الممارسة الدولية المعاصرة على عدم التمييز بين رؤساء البعثات بسبب طبقتهم الا فيما يتعلق بمراسم الصدارة . اما فيما يتعلق بممثلي الدول الذين يكونون من طبقة واحدة فإن الصدارة ترتب حسب أقدميتهم في مباشرة وظيفتهم . ويعتبر أقدم هؤلاء الرؤساء هو عييد السلك الدبلوماسي المعتمد لدى دولة القبول .

وفي تقديرى ان النظرية الإسلامية يمكن أن تتقبل فكرة تصنيف رؤساء البعثات إلى طبقات وذلك استنادا إلى القاعدة الاصولية « كل رسول على مقداره مرسله » . ذلك أن هذه القاعدة تعنى ان كل مرسل له أن يحدد طبقة من يرسله فهو الذى يحدد فى كل حالة مقدار من يريد أن يبعثه والقدر الذى يريد أن يتعامل به مع المرسل اليه . ومن ثم فإن الدولة الإسلامية تملك أن تحدد الطبقة التى تختارها لمن تسفره وأن تتفق تبعا مع دولة القبول على تلك الطبقة .

اما مراسم الصدارة فإن قواعدها — فيما ارى — تختلف فى النظرية الإسلامية عما فى النظرية المعاصرة . ذلك ان النظرية الإسلامية — فى الظروف العادية — لا تسمح بأن تكون الصدارة لممثل ملك غير مسلم على ممثل ملك مسلم . ومن ثم فإن كافة ممثلى الدول الإسلامية يجب أن تكون لهم الصدارة على ممثلى الدول غير الإسلامية مصداقا لقوله عز وجل « وانتم الاعلون ان كنتم تؤمنون » (آل عمران / ١٣٩) . وتقديم السفارة الإسلامية على السفارة غير الإسلامية لاعتبارات عقائدية امر ينسجم مع المنطق الغربى الذى يسمح حاليا — فى بعض الدول الكاثوليكية — بتقديم ممثلى الكرسي البابوى على ممثلى الدول الاخرى بغض النظر عن أقدمية القاصد الرسول أو نائبه فى ممارسة مهامه الدبلوماسية . أما ممثلو الحضرتين من المسلمين فيمكن اصلا ترتيب صدارتهم طبقا لأقدميتهم فيما بينهم وكذا الامر بالنسبة لممثلى الحضرتين من غير المسلمين فيما بينهم .

وتبعا فإن عميد سلك الحضرتين الإسلامى يعتبر هو عميد سلك الحضرتين جميعه فى دولة القبول الإسلامية لأنه يسبق فى الأقدمية الاعتبارية عميد سلك الحضرتين غير الإسلامية وحرى بالذكر أن السفراء العباسيين لدى بيزنطة كانوا يقدمون على غيرهم من السفراء وكانت لهم اسبقية الترتيب على سفراء الدول غير الإسلامية .

تعيين واستقبال ممثلى الحضرتين :

جرت العادة عند تعيين الممثل الدبلوماسى على أن تقوم دولة المبعوث

باخطار دولة الاستقبال مقدما باسم الشخص الذى تنتوى ابتعائه حتى إذا مالقى رضاء دولة القبول ابتعته. والغرض من ذلك هو ضمان توفير جو ملائم يستطيع فيه المبعوث — بفضل وجاهته لدى دولة القبول — أن يحسن ممارسته مهامه . والشخص المرغوب يسمى فى لغة الدبلوماسية persona grata (أى شخص حائز للقبول) .

والحق ان العلاقات الإسلامية الكلاسية لم تعرف تقليد الاستئذان المسبق هذا ولعل موقع الاستئذان الحقيقى انما يكون فى السفارة الدائمة وهذا ما لم تمارسه الدول الإسلامية فى باكورة عصرها . ولكن الفلسفة التى تنغياها فكرة الاستئذان لم تغب عن ذهن العرب ألا وهى اختيار من لايرد من قبل دولة القبول . غير أن العرب استغنوا عن الاستئذان بتحرى الصفات والمواصفات التى ترشح سفيرهم لأن يكون محل القبول ومحط الرضاء . ويحكى التاريخ الإسلامى أن العرب كانوا يسرون فى انتقاء سفرائهم على اختيار المبرزين ممن ظهر فضلهم وزاد علمهم ونضج فهمهم وسما دهاؤهم وعلا قدرهم . ومن تلك النماذج العالية اذكر عمارة بن حمزة الذى انتقاء المنصور رسولا إلى ملك الروم وكان عمارة هذا من الدهاء بمكان لا يجارى (البلدان لابن الفقيه . ص ١٣٧) . والقاضى ابا بكر الباقلانى الذى كان سفيراً لعضد الدولة وقد كان على قدر كبير من جلال القدر وسعة العلم (تاريخ مختصر الدول لابن الطبرى ، ص ٢٩٩) . والقاسم بن يحيى الشهر زورى الذى اختاره صلاح الدين رسولا إلى بغداد وكان قاضى القضاة بها قبل ابتعائه (تاريخ ابن الساعى : ص ١٠٣ — ١٠٤) . وناهيك بما قدمت من رسل ابتعثهم رسول الله ﷺ ومن بعده خلفاؤه الراشدون .

بل ان بعض السفراء كان يجتاز اختبارا قبل تعيينه ضمانا لثمته بسمات ومواصفات السفارة ، من ذلك ماحدث لعامر بن نخرحيل الشعبى وكان من فقهاء الكوفة وعلمائها وحجة فى تاريخ العرب وأنسابهم واشعارهم فلما وقع عليه اختيار الحجاج ليكون مبعوث الخليفة الاموى عبد الملك بن مروان إلى بيزنطة اختيره الخليفة ليتبين مدى حصافته وعمق فهمته فكشف عن ذكاء

متقد وقدره فائقة وبرز في الاختبار . وقد تحرى العرب في اختيار السفير صفات خلقية وخلقية تبعد به قدر الامكان عن النقائص وتبيته لحسن اداء مهمته . ويمكن ان أوجز أهم تلك الصفات فيما يلي :

١ — صفات جسمانية فيكون حسن المظهر ليس قميما ولا ضئيلا . لان الصورة تسبق اللسان والجتان يستر الجنان وقد عبر عن هذا عمر بن الخطاب بقوله « يؤذن لكم فيقدم أحسنكم اسما فاذا دخلتم قدمننا أحسنكم وجها فاذا نطقتم تزنكم ألتستكم » (رسل الملوك لابن الفراء ، المرجع السابق ، ص ٢٠) .

ومن اشهر سفراء المسلمين فيما اتصفوا به من رواء المظهر سفير عبد الرحمن الثاني خليفة الإندلس إلى ملك النورمان سنة ٢٣١ هـ (٨٤٥ م) الملقب بالغزال لجمال مظهره وقد أعجبت ملكة النورمان المدعوة « نور » بدعاباته معها وتغزله في حسنها . ولكنى لا أقر أن تكون وسيلة السفير المسلم إلى كسب رضاء من يبعث لديهم هي التشبب بالنساء أو طلب ودهن ايا كانت مناصبهن ، لان السفير لا يجوز له أن يتخذ مما حرم الله سبيلا لقضاء مآربه اللهم الا إذا كان ذلك اضطرارا دون بغى ولا عدوان . والحق ان المسلمين لم يكونوا يتحلون ببهاء المنظر بقدر ما كانوا يتميزون ببهاء الحياء . ومن طريف ما روى في ذلك انه لما حاصر المسلمون حصن بابليون أرسل المقوقس رسالة إلى عمرو بن العاص قائد جيش المسلمين يفأوضه على الصلح فبعث عمرو بعشرة نفر من جنوده بينهم عبادة بن الصامت وكان أسودا مهييا فوقعت هيئته في نفس المقوقس فلما سمع كلامه أعجب به وأذعن لسفارته .

٢ — صفات خلقية ، إذ يجب أن يكون السفير قد بلغ قدرا من نفاذ الرأي ورجاحة العقل قطننا للطائف الامور بأسر السامع بطلاوة حديثه ويفتته بخلاصة لفظه ، واسع الحلم متأنيا لا يمضى الرأي الا بعد ترو وتبدير ، امينا لا يخلو مرسله ، حسن الخيلة مداورا مناورا فيما لا يتخطى الخلق الكريم .

٣ — صفات ثقافية يقوى بها في محاوراته ومفاوضاته ويأمن الزلل في أحكامه . وإذا كان العرب قد عنوا بالثقافة العامة في صدر الإسلام في الأدب والفرائض والسنن وأحكام القرآن ، فإن ثقافة اليوم يجب أن تمتد إلى نواحي المعرفة الحديثة حتى يستطيع الممثل أن يناظر كلا بما يناسبه . وكان العرب يضيفون إلى ذلك شرط النسب فيختارون سفراءهم من ذوى الارومة الشريفة وأهل البيوتات الأصيلة لأن النبيل لا يصدر عنه الا نبيل . وتلك صفة يمكن ان يزيكها ان الله في تكريمه لسفرائه جعل سفراءه الدائمين من الملائكة « جعل الملائكة رسلا أولى أجنحة »

ريطيب لى أن ازكى فكرة الاخطار المسبق على اساس ان الممثل الدائم للحضرتين — كما ايبن في موقعه — هو مستأمن أو جار ، اى انه يدخل دار الإسلام بأمان أو جوار . ولما كان الأمان لا ينفذ اى لا يبدأ الا بعلم المستأمن بإيجاب المؤمن عند جمهور الفقهاء ، وبحصول القبول عند الشافعية فإن استمراج رأى دولة الابتعاث لرأى دولة القبول والحصول منها على موافقة مسبقة ، بابتعاث الممثل هو من قبيل الاستيثاق من ان الامان قد بدأ بالنسبة للممثل مسبقا على توجهه لمقر اقامته في دولة القبول ، هذا اذا كان الممثل مبتعثا من دولة غير اسلامية إلى دولة اسلامية . اما إذا كان مبعوث دولة اسلامية إلى دولة غير اسلامية فإن استئذان الدولة غير الإسلامية قبل توجه المبعوث اليها هو من قبيل الاخذ بالمصالح المرسله لأنه فطنة . لجلب المنفعة بتوفير المناخ الملائم لحسن قيام المبعوث بمهمته .

وقد جرت عادة الدولة الإسلامية على أن تزود سفراءها بكتاب صادر على لسان الخليفة يتضمن تعريفا بالسفير وتحديد المهمة ويسأل أولى الأمر في دولة الاستقبال بتسهيل وفادته ويؤكد اعتماده لاداء تلك المهمة . ان هذا الكتاب لسفير ذى مهمة مؤقتة هو الذى يقابل اليوم أوراق الاعتماد التى يحملها سفير ذو مهمة دائمة . كذلك كان السفير يحمل أوراقا تثبت هويته وهى التى تطورت إلى الجواز الدبلوماسى في العرف الدولى المعاصر .

بيد ان كل ما قدمت من حرص في اختيار السفير لم يمنع — بسبب عدم الاستئذان المسبق في تعيينه من أن يعرف تاريخ العلاقات الدولية الإسلامية توفّر حالات رد فيها السفير لرغبة دولة الاستقبال عنه لسبب ما ، كأن يكون هناك مثلاً نفور بين رئيس دولة الاستقبال وبين السفير. فقد ذكر المقرري أن حدثت أثناء سنة ٥٩٧ وحشة بين الظاهر صاحب حلب وبين عمه العادل فسير الظاهر وزيره علم الدين قيصر اليه : فمنعه العادل أن يعبر إلى القاهرة وأمره ان يقيم ببلبيس وأن يحمل قاضي بلبيس معه فعاد مغضبا (السلوك للمقرري ، ج ١ ، ق ٤٣ ، ص ١٠٢٢) .

كذلك يحكى أن محمد شاه وصل بغداد سنة ٥٥٤ ومعه عدة رسل امراء الاطراف طلبا للمقاربة فلما نزلوا بشهر آبان أنفذ من دار الخلافة من استوفقهم هناك ولم يمكنوا من الوصول فأقاموا ثمانية عشر يوما ثم عادوا ولم تسمع رسالتهم . ان هذه السوابق تركي القول بأن النظرة الإسلامية يمكن أن تقبل فكرة الاستئذان المسبق لاسيما مع الصورة الراهنة للدبلوماسية المستقرة التي يتبع فيها السفير كي يؤدي مهامه على فترة زمنية قد تطول . — ولذا اخلص بما سبق إلى أن على الدولة الإسلامية — إذا أرادت أن تبعث بسفير مقيم — أن تخطر الدولة المضيفة مسبقا وأن تحصل منها على قبول لشخص السفير قبل ان يتوجه لاداء مهمة . وإذا كان الأمر كذلك ، أى مادام ان ارادة دولة الاستقبال هي التي يعول عليها في قبول شخص السفير — فإن ارادتها ايضا هي التي تحدد أجل بقائه .

بقى في تعيين ممثل الحضرتين أن أتساءل هل يجوز للدولة الإسلامية أن تعين مبعوثا غير مسلم ؟ يرى جمهور الفقهاء أن الولايات التي تتصل بأمر العقيدة لا يجوز أن يتولاها إلا مسلم (الماوردي — الأحكام السلطانية ، ص ٢٤١) . ويلحق بها تلك المناصب التي يتصف بالخطورة وبأنها من المناصب الرئيسة . وعرف الماوردى تلك المناصب الخطيرة بأنها : تلك التي تتعلق بوضع الخطط

العملية وتوجيه دوائر الحكم المختلفة وهي ذات المنزلة المهمة الخطيرة » (ابو الاعلى المودودي — حقوق أهل الذمة في الإسلام دار الفكر بدمشق ، ص ٣٥) . وكأن المودودي بذلك يتكلم عن وزارة التفويض فهو يمنعها على غير المسلم وهو بذلك يكرر ما سبقه اليه المودودي في احكامه السلطانية . ويجوز — فيما عدا ما أسلفت — أن يولى أهل الذمة أرفع المناصب وأعلاها فيما يتعلق بإدارة شؤون الدولة فلا يمنع مثلاً الذمي من تولي منصب (المحاسب العام) أو منصب (ناظر البريد العام) وقيادة الجيوش (المودودي — المرجع السابق ، ص ٣٥) .

ومن ثم فإن الذمي لا يجوز أن يكون رسولاً للدولة الإسلامية في مهمة مؤقتة ذات طبيعة دينية كأن يبعث كي يمثل الدولة في مناسبة دينية أو الاحتفال بأمر له سمة دينية أما إذا كانت المهمة غير دينية فإن الدولة الإسلامية تستطيع أن تبعث رسولاً من أهل الذمة (أو أهل الكتاب كما أفضل تسميتهم) لتقديم العزاء مثلاً في وفاة رئيس دولة غير إسلامية .

ولكن هل تعتبر السفارة الدائمة من بين المسائل الخطيرة التي لا يجوز لكتائب أن يتولاها ؟ القول عندى إن السفارة الدائمة تأخذ حكم وزارة التنفيذ لأن السفير يقوم بتنفيذ سياسة دولته ويسير على تعليماتها فهو منفذ لأوامرها وتوجيهاتها . أما إذا فوض في اتیان تصرف معين فإننا ننظر في الأمر — على هدى من القاعدة السابقة — فإن كان أمراً له جانب الدين الإسلامي فلا يفوض فيه .

كذلك فإن السفارة وإن كانت في نظري تعادل وزارة التنفيذ ألا اننى لأرى مناسبا أن يكون سفير الدولة الإسلامية لدى دولة إسلامية أخرى كاتاليا لأن علاقة هاتين الدولتين بعضهما البعض الآخر لأبد أن تنطوى على بعض الشؤون الدينية التي تجعل سفارة غير المسلم ليست مؤهلة لأن تؤدي ما هو مرجو من وراء السفارة في توطيد العلاقات وتسوية الخلافات .

ومن ثم فإننى اخلص مما سبق إلى جواز تعيين الكتائب رسولا في مهمات ليست لها طابع ديني كما يجوز تعيينه سفيرا لدى دولة غير اسلامية على ألا يفوض بما قد يفوض به السفراء عادة الا فيما لاصلة له بشئون الدين .

وقد ذم المولى عز وجل السفير الذي تفشل رسالته وتخب وفادته فقال سبحانه وتعالى « وضرب الله مثلا رجلين أحدهما أبكم لا يقدر على شيء وهو كل على مولاه أينما يوجهه لا يأت بخير هل يستوى ومن يأمر بالعدل وهو على صراط مستقيم » (التمل / ٧٦) . وأستطيع على هدى مما اسلفت أن اقول إن الاستشارة المتبادلة بين الدول مسبقا على تعيين السفراء هي من الامور التي تتسق مع مفاهيم النظرية الإسلامية وتجاري . هاسارت عليه دولة الإسلام فلا فرق عندي — عند اختيار السفير — بين تحري نجاح سفارته عن طريق توخي صفات معينة ترجح ذلك النجاح وبين تحريه عن طريق استمزاز رأى من سيبحث اليه ليعرف رأيه فيه بل إن الاستئذان هو الاجراء الأضمن الذي يمكن أن تتوقع معه نجاح السفارة . ويزكى هذا الرأى أن هناك — كما اسلفت — حالات رفض فيها استقبال السفير هذا عن التعيين — أما عن الاستقبال فإن هذا عن التعيين — أما عن الاستقبال فإن العادات المعاصرة تجرى على أن يتسم بمظاهر الحفاوة والتكريم إذ يقام عادة حفل رسمي يستعرض فيه السفير فرقة شرف وهو في صحبة مدير المراسم الذي يتقدمه إلى الصالة التي يقف فيها رئيس الدولة مع وزير الخارجية وكبير الامناء حيث يقوم السفير بتقديم تحيات رئيس دولته ثم يرفع أوراق اعتماده التي يتسلمها رئيس دولة الاستقبال ثم يناولها إلى كبير الامناء .

والحق أن هذه المراسم لا تخرج في معناها ومظهرها العام عما كان يحدث في عهد الرسول ﷺ فقد كان هناك مسؤل عن المراسم يشرح للسفير القادم — قبل مثوله بين يدي رسول الله — مايتوجب عليه مراعاته (سيرة ابن هشام ، ص ٩١٦) وكانت عادة الرسول ﷺ أن يستقبل من يقدم عليه من السفراء في مكان بالجامع الكبير تقف في موقعه اليوم اسطوانة تسمى « اسطوانة الوفود » تخليدا لتلك الذكرى الكريمة . وكان يحف به كبار الصحابة والكل في

أبهة من المظهر والملبس . ولكن هذه البساطة التي كانت تتسم بها مراسم الاستقبال في عهد الرسول الكريم انقلبت إلى مراسم تتسم بالبهاء الذي يخطف الابصار والزينة التي تلقف الانفاس لاسيما في العصر العباسي . وأين لرسول الروم الذي قدم على عمر فوجده يستظل بشجرة ينام تحتها مراً في عهد المقتدر بالله العباسي ببغداد مما تقصر عن وصفه الأقلام وتتقاصر دونه العبارات . ويصف الخطيب البغدادي ذلك الاستقبال فيقول « ان المقتدر امر بحبس رسل ملك الروم في تكريت حتى فرغ من تزيين قصره وترتيب آتله فيه . ثم صف العسكر من دار صاعد التي انزلوا فيها إلى دار الخلافة . وكان عدد الجيش مائة وستين ألف فارس وراجل . فسارت الرسل بينهم إلى ان بلغوا الدار . وكانوا يطأون الفرش والبسط وكانت اسواق الجانب الشرق وشوارعه وسطوحه ومسالكه مملوءة بالنظارة وفي دجلة السدائد والطيارات والربازب والسميريات والزلايات بأفضل زينة إلى الدار . وكانت الدار قد امتلأت بالفرش الجميلة وزينت بالآلات الخلية ورتب الحجاج وخلفاؤهم والحواشي على طبقاتهم صفين بالثياب الحسنة تحتها الدواب بمراكب الذهب والفضة ، بين ايديهم السجائب على مثل هذه الصورة . وقد أظهروا العدد الكثيرة والاسلحة المختلفة فكانوا من اعلى باب الشماسية وإلى قريب من دار الخلافة ، وبعدهم الغلمان بالبرزة والسيوف والمناطق المحلاة . ودخل الرسول فرأى الحاجب فظن أنه الخليفة وتداخله له هيبة وروعة حتى قيل انه الحاجب ، ودخل بعد ذلك الدار التي كانت يرسم الوزير ابن الفرات فرأى اكثر مما رآه لنصر الحاجبة فلم يشك أنه الخليفة ، فقبل له إنه الوزير ثم جلس بين دجلة والبساتين في مجلس حسن ، ثم استدعى إلى حضرة المقتدر وهو جالس في قصر التاج بعد أن لبس الثياب الدنيقية المطرزة بالذهب على سرير من أبنوس قد فرش بالديقي الذهب وعلى رأسه الطويلة ومن يمينه السرير تسعة عقود مثل المسبح معلقة . ومن يستره تسعة أخرى من افخر الجواهر واعظمها قيمة غلب ضوءها على ضوء النهار ، وبين يديه خمسة من ولده ثلاثة يمينه واثنان يسرى فقبل الرسول وترجمانه الأرض بين يدي المقتدر . فوقفا استوقفهما وأديا اليه برسالة صاحبهما

[illegible]

المسلمين يخضع للقانون شأنه في ذلك شأن الفرد العادى . وقد استمع الرسول لدعاوى رفعت ضده بقصد الاقتصاص أو التعويض .

غير أن رئيس الدولة الذى يخضع لقضائه المحلى يتمتع بحصانة حيال القضاء الاجنبى وذلك فيما يصدر عنه بصفته الرسمية Seif el Wady Rohmani-Studies ; in Internaional Law and Diplomatic, Tokyo, 1980, p. 72,

(الرحمان ، المرجع السابق ، ص ٧٢) ، ويبدو أن ذلك مرجعه تحقيق المساواة بين الدول فلا يخضع رئيس دولة لقضاء دولة اخرى فى ممارسته لمهامه وإلا كان ذلك انتهاكا لتلك المساواة وهنا لأرى خلافا بين النظرية الإسلامية والنظرية المعاصرة التى لا تسقط الحصانة عن رئيس الدولة الا فى حالات محدودة منها نشاطه التجارى الخاص .

ان تلك الحصانة تثير فى ذهنى بعض المشكلات الطريفة التى لا يتطرق اليها القانون الدولى المعاصر . فلو أخذنا سابقة ابن بكركى عندما كان يتكسب قوته . له فى أوائل عهده بالخلافة إذ يمارس التجارة فى سبيل ذلك . فإن السائل يثور هنا هل يعتبر هذا النشاط على الرغم من انه نشاط تجارى فى ظاهره — مما يدخل فى ممارسة الوظيفة الرسمية وتبعاً فهو يندرج تحت احكام الحصانة — أم ان نشاط خاص لا يعفى ولى الامر من الخضوع للقضاء الاجنبى . ان القول هو أن هذا النشاط — وان كان تجارياً الا انه مرتبط بالوظيفة لانه يرتبط بتحقيق دخل لولى الامر يغنيه عن ان يقتضى راتباً من بيت المال المسلمين ومن ثم فهو نشاط له سمته الخاصة ولا يرى انه يعامل معاملة النشاط التجارى العادى وتبعاً فإن ولى امر المسلمين يتمتع بحصانة قضائية حيال الاختصاص الاجنبى فيما يتعلق بذلك النشاط لان الفرض العكسى قد يترتب عليه حرمان ولى امر المسلمين من دخله أو راتبه وتبعاً المساس بحريته التى يجب أن تتوفر له استناداً إلى مبدأ المساواة كما قدمت . وقد يبدو رأى هذا غريباً على الفكر المعاصر لان تصور المشكلة بعيد عن أن يتقبله الذهن الغربى وتبعاً فكما أن المشكلة تبدو ناشازاً بالقياس إلى المفاهيم الغربية على الرغم من أنها اعتادت

على أن يغرق رؤساء الدول الغربية في نشاط تجارى وعقد صفقات خاصة تجلب عليهم الأرباح الطائلة وتحقق لهم المكاسب الهائلة الأمر الذى يقف على طرف نقيض من السوابق الإسلامية التى عرفت خليفة يحلب شاة كى يقتضى دريهمات يقيم بها أوده وأميرا للمؤمنين يفترض البيداء طلبا للراحة .

أعود الآن إلى تحديد من تنصرف اليهم الحصانات والامتيازات . وقد يكون من المناسب هنا أن أقول إن نفرا من الفقه — وأنا على نهجهم — يفرقون بين الحصانات والامتيازات ، فالحصانات قواعد مانعة تضيق من الاختصاص القضائى للدولة القبول ، أما الامتيازات — أى المجاملات الإيجابية — فهى الحقوق التى تضى على ممثلى الحضرتين تجاوزا لما يمنحه القانون الوطنى عادة — وأبدأ بالحصانات .

قلت من قبل إن مبرر الحصانات يعود إلى المبدأ الأصولى الذى يقضى بأن مالا يتم الواجب الا به فهو واجب ، ومأقرب هذا المبدأ من المبدأ المعاصر المتعلق بالسلطات المضمرة . فاذا انطلقت من هذا المبدأ لتحديد من هو الذى يتمتع بالحصانات أقول إن كل من يلزم للقيام بالسفارة ونجاح البعثة يستأهل تلك الحصانة . ولذا فإن الحصانة فى النظرية الإسلامية تشمل حاشية السفير واتباعه على اختلاف مراتبهم بما فى ذلك الخدم لان اية اهانة أو إعاقة توجه اليهم تعتبر كأنها موجهة إلى السفير نفسه . بيد ان هذا التعميم يحتاج إلى تفصيل وبيان .

وأول من لا يتم واجب السفارة إلا بهم هم بلا شك رؤساء البعثات الدبلوماسية ايا كانت طبقتهم . فهل يسرى ذلك ايضا على باقى موظفى البعثة ؟ ان موظفى البعثة يمكن تقسيمهم — حسب العرف الحارى — إلى فئات أتناولها واحدة بعد الاخرى لمعرفة وضعها من المبدأ .

١ — ممثلو الحضرتين ممن هم دون طبقة رئيس البعثة (الشحنة) . وهؤلاء فى تقديرى يتمتعون بما يتمتع به رئيس البعثة لان دورهم فى البعثة مرتبط بدور رئيس البعثة ومكمل له . ولعل الفرق الرئيسى بين الرئيس وباقى معاونيه هو أن حصانة الرئيس لا ترفع إلا بموافقة دولته اما حصانة الباقين فترفع باذن من رئيس البعثة .

وجدير بالذكر ان معاهدة فينا بشأن الحصانات الدبلوماسية تقرر ان « ١ — لا يتمتع المبعوث الذى يكون من مواطنى الدولة المعتمد لديها أو المقيم فيها اقامة دائمة الا بالحصانة القضائية وبالحرمة الشخصية بالنسبة إلى الاعمال الرسمية التى يقوم بها بمناسبة ممارسة وظائفه وذلك ما لم تمنحه الدولة المعتمد لديها امتيازات وحصانات اضافية » . (م ٣٨ / ١) ، وعندى أن النظرية الإسلامية يمكن أن تتسع لهذا الحكم ذلك أن الفقه الإسلامى موزع بين نظرية شخصية القوانين ونظرية اقليمية القوانين فهناك من الفقهاء من يؤيدون النظرية الاولى (الحنفية) ، ومنهم من ينادى بالنظرية الثانية (مذهب الجمهور) . وان كنت أرجح أن ممثل الدولة غير الإسلامية له أن يتمتع بالحصانات والامتيازات حتى ولو كان مسلما قياسا على سابقة الرسول مع أى رافع مبعوث قريش فقد رده الرسول إلى قريش على الرغم من أنه أعلن اسلامه بمجرد رؤية الرسول ﷺ وقال « انى لأخيت بالعهد ولا احبس البرود (أى الرسل) » . ذلك أن أبا رافع باسلامه اصبح مواطن دولة الإسلام ولكنه لم يطبق عليه قانون دولة الإسلام فحماه بل تمسك الرسول بعهده مع قريش و انزاهه بأعراف نظام الحضرتين. وبدهى ان هذا ان صح فان الدولة الإسلامية تتوقع معاملة بالمثل .

كذلك ان قوانين بعض الدول تفرق — من حيث الحصانات — بين كبار بل الحضرتين فتضفى عليهم الحصانات وبين صغارهم فتمنعها عليهم . والرأى عندى ان هذه التفرقة لاتستقيم مع منطق النظرية الإسلامية الا على أساس المعاملة بالمثل ، لان حصانة السفراء والرسل تقوم — كما اسلفت — على ان ذمة هؤلاء واجبة لتحقيق العلاقات السلمية ، ولما كان ممثلوا الحضرتين — على خلاف مراتبهم — يعتبرون من وسائل تحقيق تلك الغاية فإن حرمان بعضهم — أيا كانت مهمته مادامت لازمة — من الحصانات هو أمر لا يستقيم مع الحكمة من اقرار الحصانات . وإذا كانت النظرية الإسلامية تفرض إجارة المشترك وابلاغه بأمنه فإن حصانة المبعوث — بغض النظر عن مرتبته — تكون أولى .

٢ — الموظفون الاداريون والفنيون ، وضرورة هؤلاء للبعثة انما تكون في حدود ما يؤدونه من أعمال ادارية وفنية اى ان نشاطهم الرسمي هو وحده الذى يدخل في حكم مالا يتم الواجب إلا به . ولذا فإن النظرية الإسلامية تتفق مع النظرية المعاصرة — والتي أكدها وفاق فينا بشأن الحصانات والامتيازات الدبلوماسية — في أن حصانة هذا الفريق انما تكون في نطاق أعمالهم الرسمية .

٣ — الملحقون الفنيون ، كالملحق التجارى والملحق الثقافى والملحق العسكرى ، وهكذا . ويختلف هؤلاء عن الفئة السابقة في أن الموظفين الاداريين والفنيين . تبتعثهم الدولة للقيام بما تحتاجه البعثة من أعمال ادارية وفنية اما الملحقون فتبتعثهم جهاتهم ليشرفوا على نشاط تلك الجهات في الدول الاجنبية . فالملحق الثقافى مثلاً يشرف على نشاط من تبتعثهم وزارة التعليم للدراسة في الدولة التى يوجه اليها . ويلحق هؤلاء بالبعثة من الناحية الادارية سعياً وراء تنسيق النشاط وانخضاعه لاشراف موحد . ويختلف العمل الدولى عنها في معاملة هؤلاء الملحقين . فهناك من الدول من لاتقر هؤلاء بحصانات ومنها من تقر لهم بحصانات . والحق عندى أن مهمة هؤلاء بعيدة عن المهمة التى يؤديها مبعوث الحضرتين ولا تعتبر لازمة لكى يحقق المبعوث رسالته ، ومن ثم فإن هؤلاء لا يندرجون تحت القاعدة العامة اى انهم ليسوا بما لا يتم الواجب الا بهم . ولذا ارى أن الدولة الإسلامية بخيرة بين أن تضيف عليهم الحصانات وبين أن تحرمهم تلك الحصانات ، وقد تحدد من هذا الاختيار المعاملة بالمثل بمعنى أن الدولة الإسلامية تعامل هؤلاء الملحقين بمثل مايعامل به ملحقوها لدى الدولة الاجنبية المعنية .

بقى أن نتكلم — في تحديد الفئات التى تتمتع بالحصانات — عن فئتين : أسرة المبعوث وخدمه . ويقصد بأسرة المبعوث زوجته ومن يعولهم من الابناء والاقارب . ويذهب جمهور الفقهاء المعاصرين إلى أن منح عائلة المبعوث حصانات كاملة أمر يصعب تبريره بمتطلبات وظيفة المبعوث . ولكنى أرى أن الوضع يجب أن يختلف في النظرية الإسلامية لان العائل طبقاً لاحكام الشريعة

الإسلامية — راع للأسرة وكل راع مسئول عن رعيته . ولاشك أن التضامن الأسرى في الشريعة الإسلامية يختلف قوة وترابطا عنه في المفاهيم الغربية . ولذا قد يصعب على الفقيه الغربى ان يربط بين توفير الحرية للمبعوث في أداء مهامه وبين مسؤوليته عن أسرته ، اما الفقيه الإسلامى فيصعب عليه ان يرى العكس فالأسرة في مفهومه وحدة متماسكة ومسئولية رب الأسرة عن أسرته تمثل جزءا رئيسا من تفكيره ونشاطه . ولذا فإنى اذكر القول بأن حصانات تمثل الحضرتين تنصرف كاملة إلى افراد أسرته الذين يعولهم . وذلك قول يتفق مع ما تجرى عليه بعض الدول اليوم مثل الولايات المتحدة الأمريكية ، بل ان قضاء النقض الفرنسى قرر في حكم له ان حصانة الزوجة تمتد إلى دين اقترضته قبل أن تقترن بالمبعوث .

ولكن وضع الأسرة الإسلامية يدعو إلى التساؤل عن حكم الزوجة بالنسبة للمبعوث الذى تعدد زوجاته ، ذلك أن قوانين كثير من البلاد الغربية تعتبر ان تعدد الزوجات جريمة يعاقب عليها القانون . والقول عندى ان دولة القبول يجب ان تغض الطرف عن هذا التعدد لان صاحبه يمارسه طبقا لإباحة تسمح بها عقيدته ، فهو لا يعتمد انتهاك قوانين دولة القبول لا سيما وأن أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية تعتبر في جوهرها من النظام العام الإسلامى بحيث ان حرمان المسلم اصلا من حق تعدد الزوجات يعتبر حرمانا له من حق من الحقوق الاساسية . ثم ان المبعوث إذا كان رئيسا للبعثة وتعددت زوجاته قبل الابتعاث فان قبول دولة الاستقبال له هو قبول ضمنى لوضعه الاجتماعى . ولذا أرى ان للزوجات — ان تعددت — الحق فى ان يتمتعن بالحصانة بيد أنه يجوز لدولة الاستقبال ان تطلب اليه فى أمور المراسم الا يصطحب الا زوجة واحدة ، وهنا يكون على المبعوث ان يعدل فيوزع المناسبات على زوجاته . وقد يغنى عن كل ذلك ان تتحرى الدولة الإسلامية عند ابتعاث ممثلها فلا تختار من تعدد زوجاته لدولة يحرم قانونها هذا التعدد .

كذلك لا أرى مانعا إذا تعددت زوجات الممثل بعد أن اعتمد لدى دولة القبول التى يمنع قانونها من أن تعتبر دولة الاستقبال أن ذلك، التعدد يجعل من

المبعوث شخصيا غير مرغوب فيه *persona non grata* وأن تطلب من دولة الابتعاث استبداله .

ويمكن أن اضيف ان النظرية الإسلامية تقر — في شأن اسرة الدبلوماسية — مايسير عليه العمل في بعض الدول مثل بريطانيا إذ تدخل في اسرة الدبلوماسي اشخاصا تتوافر فيهم أوصاف معينة في ظروف معينة . ويجتمع هؤلاء تحت ثلاث فئات :

أ — أولئك الذين يلتزم ممثل الحضرتين اجتماعيا حيالهم بواجب الضيافة شأن اخته غير المتزوجة أو ابنته الارملة .

ب — والد ممثل الحضرتين إذا كان يقيم معه اقامة دائمة ولا عمل له .

ج — الابن البالغ الذي لا يعمل له إذا كان يقيم معه اقامة دائمة . وبكفى هنا ان تكون الاقامة الدائمة هي وقت العطلة الدراسية إذا كان الابن طالبا .

ولا أرى أن م ٣٧ من وفاق فينا بشأن الحصانات والامتيازات الدبلوماسية تبعد عن النظرة الإسلامية في خصوص حصانة الاسرة وهي تنص على أن ١ — يتمتع أفراد عائلة الممثل الدبلوماسي من أهل بيته إذا لم يكونوا من مواطني الدولة المتمد لديها بالامتيازات والحصانات المنصوص عليها في المواد ٢٩ — ٣٦ . وهذا يترك الباب مفتوحا امام احتمال ألا يتمتع افراد اسرة ممثل الحضرتين ممن يكونون من جنسية الدولة المضيقة — بأية حصانات على الاطلاق . ان هذا التحفظ لايتعارض مع النظرية الإسلامية حيث يختلف الفقهاء المسلمين — كما أسلفت — حول تطبيق القوانين وهل تكون شخصية ام اقليمية فذهب الحنفية إلى مايتفق مع مبدأ اقليمية سيادة الدولة وذهب الجمهور إلى مايتفق مع مبدأ شخصية القوانين . بيد أن من ساروا على نمط شخصية القوانين يرون أن المستأمن والمعاهد يلتزم في دار الإسلام بأحكام الشريعة الإسلامية التي التزمها بالعهد في المعاملات والجنبايات . ومن ثم فإن الامر متروك لتقدير الدولة فيما تراه مجحفا لمصلحتها ، فان ذهبت إلى اخضاع

مواطنيها لأحكام قوانينها ولو كانوا من أسرة عميل الحضرتين فإن استندوا لاجتماعها
النظرية الإسلامية .

أما الخدم فالغالب أن يتمتعوا بالحصانات ولكن بعض الممثلين
كثيرا ما يفترون على الخدم على الحالات التي تتعلق بوضع الممثل بمقتضى
أنه لا يجوز مقاضاة الخدم فقط إذا ترتب على تلك المقاضاة اختلال بالهonor
والاستقرار الذي يجب أن يتوفر للممثل في حياته الخاصة . وتسمح اتفاقية نيشا
للخدم بالحصانة التي يقرها لهم القانون المحلي ، وتبعا فإن الاختصاص هو أن يتمتع
سائق الممثل وطباخه بالحصانات على القول القائل في الفتاوى والعقل اللذين .
نجدوا في عيني أن النظرية الإسلامية يمكن أن تقبل ههنا الأفكار من حيث
المبدأ ، وفي قول آخر فإن تجمع الخدم بالحصانات ليس محل مناقشة أحكام النظرية
الإسلامية مادام أن خدمات الخادم المعنى ضرورة لحسن قيام المبعوث بمهامه .

ولذا فإن منح الخادم الحصانة أو عدم منحها إنما يستند إلى وقائع كل حالة
بمحليتها . أي أن تطبيق الحكم - فيما أرى - يتوقف على ظروف كل مبعوث
واستيضاح مدى حاجته لخدمات خدام بداته . ولو أن من الفقهاء من يرى أن
الخصانة تنصرف إلى هؤلاء بدعوى أنهم يمثلون المبعوث ، أو القول بهذا الرأي على
أنه حكم مطلق ملزم يقتصر على المنطق لأنه يقوم على حجة عوجاء هي نظرية
التبعية بين المبعوث وخدامه .

فلا يقدّم لغيره لا يعمل بغيره كما قال به بعض الفقهاء المسلمين من أن حكم
الإمامة يشمل من نفس المسلمين وأولاده الصغار وزوجهم والأم والجد والخدم
لأنه كانوا تابعين للمسلمين وقتئذ الأئمة إلى الإمام (الرجل) - المرجع السابق
محمداً في نقله عن خطوط طوابع الأنوار للسندى الحنفى في ٤٩ ق ، ٤٩
بالحرف الأول ، كما أن في نقله على نداء من أن من زنا مائة فيستحق
ناله هذان عن الخطوط ، سواء كان الأمر متعلقاً بالفائدة النظرية الإسلامية والغربية
تتعلقان بالأسس الثلاث التي لا يمكن أن تكون خيراً منها علياً إلا وهو العلم بالحق ، بالعدل ،
والعامل بالمثل مبدأ مقرر في الإسلام .

نطاق الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها ممثلو الحضرتين ومن يلحق بهم :

يذهب جمهور الفقهاء — في بيان مدى ما يتمتع به ممثل الحضرتين من حصانات وامتيازات — الى الاعتماد على سابقة الرسول ﷺ مع رسول مسيلمة الكذاب ، ذلك أن مسيلمة بن حبيب كتب إلى رسول الله في السنة العاشرة من الهجرة كتابا رفعه مع ممثلين له يقول فيه « من مسيلمة رسول الله إلى محمد رسول الله . سلام عليك ، فإنني قد أشركت في الأمر معك ، وأن لنا نصف الأرض ولقريش نصف الأرض ، ولكن قریش قوم يعتدون » فلما قدم الرسولان على رسول الله بهذا الكتاب سألهما حين قرأ الكتاب : فما تقولان أنما ؟ قالا : نقول كما قال . فقال محمد ﷺ « أما والله لو أن الرسل لا تقتل لضربت اعناقكما » ثم كتب إلى مسيلمة قائلاً « بسم الله الرحمن الرحيم ، من محمد رسول الله إلى مسيلمة الكذاب . سلام على من اتبع الهدى ، اما بعد فإن الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين » (تاريخ الطبري — طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج ٢ ، ص ٢٠٣ — ٢٠٤) .

ولكنني أرى ان هذه السابقة لا تكفي في معالجة مانحن بصددده ، فهي تحكى سفارة عارضة حضر صاحبها لمهمة محددة وانتهت بانتهاء المهمة . فلو أنها حصلت من سفير مقيم لكان للرسول ﷺ معه شأن آخر. وحتى لو قلنا إن الاستفادة من قول رسول الله هو تقرير مبدأ عام يقضى بعدم قتل المبعوث — بغض النظر عن طبيعة مهمته — مؤقتة أم دائمة — فإننا انما نسوق بذلك دليلاً على تقرير بعض الحصانات — وهي حرمة المبعوث وحصانته الجنائية — دون الحصانات الأخرى المدنية والإدارية . ولذا يلزم في تقديري أن نبحث عن أساس آخر نستهديه في تقرير مزيد من الحصانات لمبعوث الحضرتين . وقد يكون من الأجدي أن ناقش الأمر في ثلاثة فروض :

١ — إذا كان المبعوث يمثل دولة غير إسلامية لدى دولة إسلامية . ان هذا المبعوث القادم للإقامة في دار الإسلام لابد له من أمان كى يدخل إقليم الدولة الإسلامية ، وهو بالأمان يصبح مستأمنًا ووصف المستأمن في النظرية الإسلامية

يقابل وصف الاجنبى فى المفهوم المعاصر . والامان هو عهد من المؤمن حاكما كان أو فردا بتوفير الامن والطمأنينة لشخص أو اكثر كأهل قرية أو اقليم أو مهمة شعب دولة ويحرم بالامان القتل وأخذ الاموال ولايجوز فرض الجزية على المستأمن لان ذلك يعد عذرا والقدر حرام . بيد أن الأمان هنا يجب أن يكون من الدولة الإسلامية لانه فى الحقيقة امان للدولة غير الإسلامية لتأكيد وتوطيد علاقات السلام بينهما وإنما ينصرف حكمه إلى ممثل تلك الدولة بوصف انه أداة تدعيم تلك العلاقات .

رب قائل يقول ان الفقهاء أجازوا أن يدخل الرسول بلاد المسلمين دون حاجة إلى عقد امان ولذا قالوا إن الولاة إذا مالتوا رسولا يسألونه عن اسمه فان قال انا رسول الملك بعثنى إلى ملك العرب وهذا الكتاب معى ومامعى من الدواب والمتع والرقيق فهديه له فإنه يصدق ولا سبيل عليه ولايتعرض احد لما معه ، من المتاع والسلاح والرقيق والمال . وأنا أقول إن هذا الحكم مبنى على واقع الرسالة فى سابق الزمان عندما كان صاحبها يقدم لأمر عاجل ثم يعود اما السفارة التى تمتد لفترة فكان لابد فيها من أمان فما بال الأمر ونحن نتكلم عن سفارة بلا أمد محدود . واذن فما هو السند الشرعى السليم لخصائص وامتيازات ممثل الحضرتين فى هذا الغرض ؟

إن أول مايتبادر إلى الذهن هو أن نعتبر أن مبعوث الحضرتين مستأمن من نوع خاص بمعنى أن حكم الامان بالنسبة له يزيد قوة وضمائنا عن الامان بالنسبة لغيره من الناس ، وتميز الامان الذى يعطى لمبعوث الحضرتين عن غيره من صور الامان يرجع أولا إلى أنه أمان عام وتبعا فإن ولى امر المسلمين يملك أن يدرج فيه مايراه محققا لصالح المسلمين ، ثم ان السوابق النبوية والآراء الفقهية تركى هذا التميز ومن هذا المنطلق فأنى اختار أكثر الآراء الفقهية ملائمة لمقصود السفارة الدائمة وأقر بها لتحقيق مبتغى البعثة المستقرة مادام اننى لأقصد الامان هنا بمعناه التقليدى وهو رفع استباحة دم الحرى ورقه وماله حين قتاله أو الغرم عليه مع استقراره تحت حكم الإسلام لفترة ما وإنما اقصد بعض هذا والمزيد .

بيد أنني أميل إلى الأخذ بمدرك الجوار كأساس للصناعات وامتيازات ممثل الحضرتين الذى تبنته دولة غير اسلامية ليكون سفيرا مقيما لها في دولة اسلامية ، وأفضل ذلك على الأخذ بمدرك الأمان دى الطبيعة الخاصة الذى ألمحت اليه .

وللجوار معنيان :

- (١) معنى تعبدي وهو الاعتكاف في المسجد . وفي الحديث أنه كان يجاور في العشر الأواخر من رمضان أى يعتكف فأما المجاورة بمكة والمدينة فإفراد بها المقام معلقا غير ملتزم بشرائط الاعتكاف الشرعي .
- (٢) ومعنى زمنى وهو مصدر مجاور بمعنى العهد والأمان وأن تستطى الرجل ذمة فيكون بها جارك فتجيره وتقول العرب وهو فى جوارى أى فى عهدي وأمانى ، وجاور بنى فلان ومنهم مجاورة وجوارا تحرم بجوارهم .

والمعنى الزمنى هو الذى أقصد إليه عندما أقول إن مثل الحضرتين يعتبر جارا ودولة الضيافة هي المجير أى هي التي تمنعه وتحميه .

وقد استلصحت فكرة الجوار وفضاتها على مدرك الأمان في تفسير حصانات وامتيازات ممثل الحضرتين لاعتبارين :

الأول : هو أننا نتكلم عن حصانات وامتيازات السفارات الدائمة والممثل المقيم ، وفي الجوار معنى المساكنة والإقامة المستمرة ولذا يقال إن الجار هو من يجاورك بيت بيت ، والجارة هي الضرة من المجاورة بينهما وفي حديث أم زرع ملء كسائها وغيط جارتها . وفي حديث عمر قال لحفصة لا يغرك أن كانت جارتك هي أوسم وأحب إلى رسول الله ﷺ منك يعني عائشة .

والثاني : أن الجوار فيه أيضا معنى الذمة والعهد فالجوار يفرض على المجير أن يحمي الجار ويؤمنه والجار والمجير والمعين واحد . وهو سبحانه يحمي ولا ينجار عليه أى يعين . وعنه حديث الدعاء : كما تحمير بين البحور أى تفصل بينهما وتمنع أحدهما من الاختلاط بالآخر والبغى عليه .

« وفي التنزيل الكريم » . وإذ زين لهم الشيطان أعمالهم وقال لا غالب لكم اليوم من الناس وأنا جار لكم « (الانفال / ٤٨) قال الفراء هذا ابليس تمثّل في صورة رجل من كنانة قال وقوله : إني جار لكم أريد أن أجيركم أي أني مجيركم ومعيزكم من قومي بني كنانة فلا يعرضون لكم (لسان العرب لابن منظور - اعداد يوسف خياط ، ج ١ ، ص ٥٣٠) .

والجيران ثلاثة : جار له ثلاثة حقوق : حق الجوار وحق القرابة وحق الإسلام وجار له حقان : حق الجوار وحق الإسلام وجار له حق واحد وهو حق الجوار وهو المشرك من أهل الكتاب .

وبهذه أن ممثّل الحضرتين الذي ممثّل حضرة مسلمة لدى حضرة منتسمة هو الجار الذي له حقان : حق الجوار وحق الإسلام . أما ممثّل حضرة بخالفة لدى حضرة إسلامية فجار له حق واحد وهو الجوار . وممثّل الحضرتين يعد من قبيل الجار النفيح أو الجار الجنب .

والجار النفيح هو الذي يدخل بين القوم ويسلم بينهم ويصلح أمرهم ، وتلك مهمة الممثل . والجار الجنب هو أيضا في هذا المعنى أي الجار الذي له مناسبت فيجئ اليه ويسأله أن يحيره أن يمنعه فينزل معه ، فهذا الجار الجنب له حرمة نزوله في جواره ومنعته وركونه إلى أمانه وعهوده (لسان العرب / المرجع السابق ، ص ٥٣٠) .

وسنبدى في تكييف المركز القانوني لممثّل الحضرتين بأنه جوار بالمعنى السالف هو من الحديث والقرآن الكريم . أما الحديث فهو قوله نصا في الأمان ويحير عليهم ادناهم أي إذا أجار واحد من المسلمين حرا أو عبدا أو امرأة واحدا أو جماعة من الكفار وخفرهم وأمنهم جاز ذلك على جميع المسلمين لا ينقص عليه جواره وأمانه . قد يقال إن هذا الحديث في أمان المسلم ولكني أرد على ذلك بأن اللفظ الذي استخدمه الحديث هو الجوار ومن ثم فإنني فضلت المصطلح في هذا المقام على مصطلح الأمان حتى أفرق بين المركز القانوني لممثّل الحضرتين الذي يأتي في مهمة مؤقتة أو مهمة عارضة وهذا هو المستأمن وبين ممثّل الحضرتين الذي يتبعث في مهمة دائمة وسفارة مستقرة فهذا هو الجار .

والآية الكريمة هي قوله تعالى « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » (التوبة / ٦) . قال الرجاء المعنى إن طلب منك أحد من أهل الحرب أن تخرجه من القتل إلى أن يسمع كلام الله فأجره إلى أمنه وعرفه ما يجب عليه أن يعرفه من أمر الله تعالى الذى يتبين به الإسلام ثم أبلغه مأمنه فلا يصاب بسوء قبل انتهائه إلى مأمنه ، قد يقال إن الآية نص فى اجارة المستجير وفرق بين اجارة المستجير وحصانة السفير ، فإن للملجأ أحكاما وللسفارة أحكاما ولكنى الذى يستهمنى من الآية الكريمة هي فكرة الجوار فكما أنها يجوز أن تكون جوارا لمستجير فإنها تصلح أن تكون جوارا للجار . فإذا كان الله تعالى قد أمر بجوار العدو وقت الحرب وقرر له حصانة كاملة مابقى بين ظهرائى المسلمين إلى أن يبلغ مأمنه فإن جوار الصديق أولى وحصانته أبر . إن الآية ليست نصا فيما استشهد به ولكنى أتخذ من مفهوم اشارتها حجة فيما أقول وسندا لما أذهب إليه .

ومن ثم فإن الحصانات والامتيازات التى يتمتع بها ممثل الحضرتين تستند إلى مدرك الأمان إذا كان فى بعثة مؤقتة وهو عندئذ مستأمن وتبنى على فكرة الجوار إذا كان مقيما وهو بذلك جار نفيع أو جنب لنا .

وفكرة الجوار لاتساعها وامتدادها إلى مختلف نواحي العلاقات بين الجار والمجير يمكن أن تحتوى كافة صور الحصانات مدنية وإدارية وجنائية ، ثم هي كما قلت أكثر اتساقا مع فكرة البعثة الدائمة أو المستقرة من مدرك الأمان بمفهومه التقليدى والذى يحتاج إلى تنسيق كى يتواءم مع التصور المعاصر للبعثات المستقرة .

وإذا كان المبعوث يمثل دولة إسلامية لدى دولة غير إسلامية فإن من حق الدولة الإسلامية أن تؤكد على المعاملة بالمثل ، فكما أن

مبعوث الدولة غير الإسلامية يتمتع في دار الإسلام بمحسانات وامتيازات معينة فإن مبعوث الدولة الإسلامية إلى دار العهد يجب أن يتمتع بمحسانات وامتيازات مماثلة على الأقل وهذا ازيدته توضيحاً فيما بعد . والطريف أن جمهور الفقهاء يعتبرون دار العهد دار اسلام وحجتهم في ذلك انهم صاروا أهل ذمة تؤخذ جزية رقابهم — أما الشافعي — ومعه محمد بن الحسن الشيباني وأبو يعلى — فله تصور آخر لدار العهد : قال الشيباني « المعتبر في حكم الدار هو السلطان والصفة في ظهور الحكم فإن كان الحكم حكم الموادعين فبظهورهم على الآخرين كانت الدار دار موادة وإن كان الحكم حكم سلطان آخر في الدار الأخرى ، فليس لواحد من أهل الدار حكم الموادة » (شرح الصغير الكبير) .

ولعل رأى الشافعي هو الاقرب إلى ما عليه واقع الحال اليوم فهو أكثر انسجاماً مع فكرة أن الاصل في علاقات المسلمين بغيرهم هو السلم وليس الحرب ثم إن دول العالم اليوم — مسلموها وغير مسلميها — تستظل بظل الامم المتحدة وميثاقها يقوم على تجميع الدول المحبة للسلام، واذن فالدول غير المسلمة هي دار عهد وليست دار اسلام .

٣ — إذا كان المبعوث يمثل دولة اسلامية لدى دولة اسلامية فهنا تواجهنا الفكرة التقليدية للنظرية الإسلامية وهي فكرة وحدة دار الإسلام على اساس الاخوة الإسلامية ولكنى قدمت أن الاخوة الإسلامية لا تفرض وحدة موحدة وإنما تقيم نوعاً من اتحاد الإيلاف (الكونفدرالى) بين الدول الإسلامية ، وفي ظل هذا الحلف تبقى لكل دولة سيادتها وشخصيتها على أنها سيادة تختلف — في علاقة الدول الإسلامية بعضها ببعض الآخر — عن الجهادة التي تمارسها الدولة الإسلامية حيال الدول غير الإسلامية والتي تقوم على الاستقلال والمنعة في مواجهة الدول الأخرى . ولذا فإن اقرب تنظيم للعلاقات السياسية بين الدول الإسلامية هو ماكانت تمارسه دول الكومنولث البريطاني حيث تتبادل تلك الدول من يعرفون بالهندويين الساميين وهؤلاء لهم مركز قانوني يختلف عن

مركز المبعوثين الآخرين . فقد تقرر سنة ١٩٢٥ ألا يتمتع هؤلاء بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية ولكنهم رفعوا في سنة ١٩٤٨ إلى مرتبة السفراء ، وإذا كانوا قد منحوا سنة ١٩٥٢ — هم وموظفهم — الحصانات والامتيازات ذاتها التي للسفراء بشرط المعاملة بالمثل فذلك تطور دعى اليه مائراً من وهن على مايربط تلك الدول من اتحاد ، شأن ما نراه اليوم من ضعف الوشائج بين الدول الإسلامية . ولذا فإنني أقبل — وإلى أن يقضى الله أمراً كان مفعولاً في علاقة الدول الإسلامية بعضها ببعض الآخر — أن تطبق الحصانات والامتيازات على مبعوثي تلك الدول لدى بعضها البعض أخذاً بالقاعدة الشرعية « الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأصغر » حيث أن القول بغير ذلك اليوم قد يترتب عليه نوع من القطيعة بين تلك الدول وما هذا عليها ببعيد إذا قسنا الأمر على ما حصل بين الدول الإسلامية ومصر عندما علقت عضوية مصر في المؤتمر الإسلامي وسحبت ممثليها جزاء لدخول مصر في علاقات سلمية مع إسرائيل . ولما كانت الغاية الكبرى هي تدعيم روابط تلك الدول فإن تلك الغاية تبرر الوسيلة التي تسعى إلى تحقيق ذلك الدعم ومن بينها تبادل مبعوثي الحضرتين ومنحهم حصانات وامتيازات على قدم المساواة مع غيرهم من المبعوثين ، وذلك حكم يمكن أن نبنيه على الاستحسان .

ويطيب لي هنا أن أنبه إلى أنني عند الكلام عن الصدارة قدمت المبعوثين المسلمين على غيرهم من المبعوثين في دار الإسلام وقولي هذا غير مرتبط بما يتقرر أو لا يتقرر للمبعوثين المسلمين من حصانات وامتيازات وإنما يتعلق بكيفية معاملة المبعوث الإسلامي إذا جمعتهم بالمبعوث غير الإسلامي مناسبات رسمية ، فإنني أرى أن تكون له الصدارة حتى ولو كان لا يتمتع في علاقته بدولة المتمر الإسلامية ، بحصانات وامتيازات لأن الصدارة تكريم وليست حصانة ولا امتيازاً فني في الحقيقة أدخل في الخجالات الدولية .

والآن ماهي الحصانات التي تضاف على مبعوثي الحضرتين ؟

استلمع عند الكلام على حصانات مبعوثي الحضرتين أن أقسم تلك

الحصانات إلى قسمين رئيسين هما الحصانة الشخصية والحصانة العينية — وأقصد بالحصانة الشخصية الحصانة التي تحمي شخص المبعوث وتشمل : حرمة شخص المبعوث وكذا الحصانة القضائية — المدنية والادارية والجنائية — أما الحصانة العينية فهي التي تتعلق بالاعيان . وأناقش كلا من القسمين فيما يلي من وجهة النظر الإسلامية :

أ — الحصانة الشخصية :

١ — الحرمة :

تعتبر حرمة شخص المبعوث من الناحية التاريخية — أول ما تمتع به المبعوث من حصانة ولذا فإنها أكثر الحصانات عالمية من حيث القبول . ومن مقتضى حماية شخص المبعوث عدم المساس بشخصه وحمايته ضد الاعتداء وحفظ كرامته وقد غدت هذه الحصانة ذات أهمية خاصة في هذه الايام اراء مانسمعه من تكرار خطف المبعوثين او اغتيالهم .

ولست بحاجة إلى أن أقول ان النظرية الإسلامية تقر هذه الحصانة طواعية لاحكام الامان . بل انها لا تمنع على المبعوث التمتع بهذه الحصانة ولو كان قصده التجسس أو الحصول على معلومات هامة لصالح بلده « لان الفقهاء قرروا الا يكون محض عمل الشخص هو التجسس ، والتمثيل السياسي الدائم يحقق فوائد متماثلة عن طريق تبادل الممثلين الدائمين ، ويقر الإسلام مثل هذا العمل لتحقيق مصالح كثيرة تفوق بعض مآقد يلحق الدولة من ضرر » (الزحيلي — المرجع السابق ، ص ١٥٤ — ١٥٥) . ويلحق بجرمة المبعوث عدم جواز تفتيش امتعته الشخصية الا إذا قامت مبررات جدية يتوقع معها ان تحتوى على اشياء ليست شخصية ولا رسمية أو اشياء يمنع قانون دولة الاستقبال من استيرادها او تصديرها ، حسب الاحوال . والحق ان تفتيش المبعوثين كثر في الآونة الاخيرة بسبب انتشار جرائم التهريب بينهم ولم يعد هذا قاصراً على المراتب الدنيا من المبعوثين بل ان بعض الذين اهتموا به يشغلون مراتب عليا في سلك الحضرتين مثال ذلك القنصل الفرنسي في دسلدورف الذي حاول أن يحتمي بحصانته

ولكن رجال الجمارك أصروا على تفتيشه فعثروا معه على ٣٩٠ ساعة مخبأة في بطانة سترته .

٢ — الحصانة المدنية والادارية :

لا جدل أن الدبلوماسي يتمتع في الممارسة الدولية المعاصرة بحصانة ضد الاجراءات المدنية والادارية ايا كانت وذلك فيما يتعلق بأعماله الرسمية . اما بالنسبة لشئونه الخاصة فالامر محل خلاف . فنجد النظرية البريطانية ويمائلها اتجاه محكمة النقض الفرنسية كانت تقرر حصانة كاملة للدبلوماسي دون تفرقة بين اعماله الرسمية وتصرفاته الخاصة بينما تأخذ المحاكم الايطالية والقانون البريطاني الحديث بهذه التفرقة .

ويبدو أن الراجح في كثير من الدول هو عدم صرف الحصانات إلى نشاط الدبلوماسي إذا :

- (أ) تعلق بملكية عقارية أو شركة .
 - (ب) أو كان ذا طبيعة مهنية أو تجارية .
 - (ج) أو عندما يلجأ الدبلوماسي اختياراً إلى القضاء المدني لدولة القبول .
- وهذا هو ماكرسته م ٣١ من وفاق فينا الاخير .

كذلك فإن الغالب في الفقه والقضاء الدولي هو اعتبار ان محل الاقامة للدبلوماسي هو وطنه بغض النظر عن مكان ومدة اقامته في الخارج وتلك النظرة هي من بقايا نظرية اللا اقليمية بالنسبة للبعثة الدبلوماسية .

واغلب الظن ان النظرية الإسلامية التقليدية تخالف العرف الدولي الجاري بشأن الحصانة المدنية والادارية ذلك ان الفقهاء يقررون مسئولية مبعوث الحضرتين مدنيا عما يأتيه من تصرفات في بلاد الإسلام لان المستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الامان واقامته في دار الإسلام وأن حقوق الافراد لها سلطان على كل اعتبار فلا يجوز اهدارها مهما كانت الاحوال .

ولكنني لا أساير الفقه الكلاسي فيما ذهب اليه ولذا قدمت أن امان المبعوث

امان خاص فى احكامه وضماناته ؛ ولذا ارى ان يكون الحكم بالنسبة لحصانة
مبعوث الحضرتين المدنية والادارية لدى دار الإسلام على النحو التالى :

أ — مايتعلق بالشئون الخاصة بالمبعوث من معاملات وعلاقات اجتماعية
والتي ذهب بعض الفقهاء إلى أن تترك للزميين والمستأمنين فى حكمها —
ويكون قضائهم فيها من أنفسهم . فان للمبعوث حصانة قضائية فى مثل تلك
الامور ذلك انه مادام أن قاضى النزاع ليس هو قاضى المستأمن فان الامر
يستوى عملا بين وجود هذا القاضى فى دار الإسلام أو وجوده فى دار
المستأمن أو الجار . ومن ثم فلا ضير من أن نعامل المبعوث بتوفير الحصانة القضائية له فى
ذلك الغرض (قارن محمد أحمد فرج السهنورى — تاريخ الفكر الإسلامى
ومصادره ، محاضرات لدبلوم الدراسة العليا فى الشريعة اسلامية ، ص ١٣) .

ب — إذا كان طرف النزاع مسلما فأرى أن نفرق بين ما يأتيه المبعوث من
تصرفات تتعلق بمهامه الرسمية ، وهذه أقر له فيها بالحصانة ، وبين ما يأتيه من
تصرفات تتعلق بشئونه الخاصة ، وهذه لا أقر له فيها بالحصانة .

اما أن تضفى على المبعوث حصانة بالنسبة لتصرفاته الرسمية فسنرى فيه أن
الحكم يتبع المصلحة الراجحة والمصلحة هنا هى حث الدول غير الإسلامية على
أن تدخل فى علاقات سلمية مع الدول الإسلامية — لاسيما فى الاوضاع
الراهنه التي تفتقر فيها الدول الإسلامية إلى المنعة الكافية . إن إخضاع المبعوث
فى تصرفاته الرسمية لقضاء دار الإسلام لابد أن يدفع الدول التي تريد أن تبتعث
مثلا دائما لها لدى الدول الإسلامية إلى العزوف عن ابتعائه لاسيما وأنها تقر
بحصانة مماثلة لمبعوث الدولة الإسلامية لديها . وطبعى أن نتوقع معاملة بالمثل
على الأقل فضلا على أن هذا يخالف مبدأ المساواة بين الدول وهو مبدأ تقره النظرية
الإسلامية . أما رفع الحصانة عن المبعوث حيال تصرفاته الخاصة فليست له —
بالنسبة لدولة الابتعاث — خطورة إخضاع التصرفات الرسمية لقضاء أجنبي
عنها فضلا على أنه ليس يحكم شاذ فى الممارسة الدولية المعاصرة ، إذا اسلفت
ان من الدول مايفرق بين التصرف الرسمى والتصرف الشخصى فيخضع الممثل

للقضاء المحلى فيما يأتية من شئون خاصة بل إن وفاق فينا يسير على هذه
التفرقة .

ج — إذا تخصم المبعوث إلى القضاء الإسلامى لانه بذلك يتنازل عن
حصانته القضائية ، وهذا ايضا هو الغالب فى المفهوم المعاصر بالنسبة للحصانة
القضائية .

٣ — الحصانة الجنائية :

تعنى الحصانة الجنائية اعفاء المبعوث من الاجراءات الجنائية ، وهذا أمر
يبدو لازما حتى لاتمس حرية المبعوث بما يتخذ ضد شخصه وأمواله . على أن
المأخوذ به الآن ان الحصانة لا تحمى المبعوث ضد مايسمى بجرائم الحرب أو
الجرائم ضد الإنسانية ، وفى قول عام جرائم الأمن الكبرى كذلك. ويدخل ضمن
الحصانة الجنائية اعفاء المبعوث من القبض عليه . غير ان هذا لا يمنع من التحفظ
عليه إذا تطلبت ذلك دواعى حفظ النظام الداخلى إلا أن هذا التحفظ يجب ألا
يتجاوز حدوده أو يمتد لأكثر من المدة الضرورية . ويبدو أن للدولة — إذا اتهم
المبعوث المعتمد لديها بتهمة الجنس — الحق فى أن تتجاهل حصانته بمعنى أن لها
تقبض عليه وتحقق معه ولكنها لاتقوم بمحاكمته ولا توقيع الجزاء عليه . ويرر
التقبض والتحقيق فى هذه الحالة أن حصانة المبعوث مرتبطة بما لا يهدد أمن
الدولة ونظامها العام إذ ليس من حق المبعوث أن يستتر وراء الحصانة كيما ينتهك
قانون دولة القبول . بل إن عليه أن يحترم ذلك القانون ويلتزم بمقتضيات النظام
العام لتلك الدولة (م ٤١ / ١ من معاهدة فينا) .

ويذهب الفقه التقليدى الإسلامى إلى عدم الاقرار بالحصانة الجنائية
للمبعوث بدعوى أن المحرم لا يصلح لاداء مهمة المبعوث وأنه كمستأمن أو جار يلزم
باحترام أحكام الشريعة الإسلامية ومن ثم فإن محاسبته على جرائمه أمام القضاء
الإسلامى هو دفع للفساد ، ودفع الفساد واجب ملزم لكل من يقيم من
المسلمين . وانه ليس للمبعوث أن يشكو من ذلك حيث أن الاسلام عرف
بالعدل ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل . كما انه لا خوف عليه

من القاضى المسلم « ولا يجبر منكم شئان قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو اقرب للتقوى » (المائدة / ٨) .

والحق أن هذا قول يحتاج في قبوله إلى ركيزة عقائدية تمهد للنفس تقبله وتهيأ العقل لاستيعابه، أما المستأمن أو الجار الذى لا يدين بدين الإسلام ولم تمس حلالوته شغاف قلبه فلا يسهل عليه أن يتفهم هذه المبررات ، ثم إن هذا القول بمنطقه يمكن أن يكون حجة لدولة المستأمن في عدم الاقرار بحصانة جنائية للمبعوث الإسلامى في دولة غير اسلامية على اساس المعاملة بالمثل .

وفي تقديرى أن سابقة الرسول الكريم مع ممثلى مسيلمة لا تتفق مع هذا الرأى بل لعل العكس هو الصحيح إذ ما أفهمه من النقاش الذى دار بين النبی ﷺ وبين الرسولين يتضمن ما يفيد أن الرسولين قد ارتكبا جريمة نكراء امام الرسول وفي دار الرسالة عندما قالوا انهما يقولان بما يقول به مسيلمة وهى جريمة قرر الرسول في حينه أن عقوبتها الاعدام ومع ذلك فانه اعفاهما من تطبيق العقوبة احتراماً للحصانة التى يتمتع بها السفراء . فكيف نقول بعد ذلك أن السفير لا يتمتع بحصانة جنائية ؟ لقد وضع الرسول مبدأ الحصانة الجنائية المطلقة فجعل الرسالة في ذاتها هى التى تحمى الرسول ، اى ان المهمة الدبلوماسية هى الامان والحاجب عن المحاسبة . وليس بعد حديث الرسول حديث . اننا إذا سايرنا النظرية التقليدية في حرمان السفير من الحصانة القضائية كما تريد النظرية التقليدية لم يبق للسفير حصانة تذكر . وتبعاً فإننا نجرد أحكام السلام في الإسلام من ركيزة قوية لدعم السلام وتوطيد أواصر الاعراف بين القبائل والشعوب لاسيما وأننى اسلفت ان السفارة في مفهومى ضرورة وليست خياراً .

اننى لا انكر أن من حق الدولة الإسلامية — وتجاريها في هذه الممارسة الدولية المعاصرة — أن تقوم في الظروف الاستثنائية باحتجاز المبعوث أو حبسه مؤقتاً على سبيل الاحتياط وليس العقاب فقد استبقى الرسول ﷺ سفراء مكة لديه اثناء التفاوض على صلح الحديبية إلى أن عاد اليه سفيره سالماً من مكة .

وهذا ما فعلته ايران سنة ١٩٧٩ مع من احتجزتهم الثورة من الدبلوماسيين
الامريكيين والذين اسمتهم الأوساط الغربية بالرهائن . وتتلخص الوقائع في أن
عددا من المتظاهرين الإيرانيين هاجموا السفارة الأمريكية وقبضوا على كل من
كان موجودا فيها ثم تلى ذلك بقليل الاستيلاء على القنصليتين الأمريكيتين في
شيراز وتبريز ووقع الأسرى في أيدي هؤلاء الثوار ورفضوا
الافراج عمن احتجزوهم إلى أن تستجيب الولايات المتحدة لبعض المطالب
الإيرانية . وقد استشاط هذا الغضب الإيراني السماح للشاه المعزول بدخول
الولايات المتحدة — على الرغم من تحذير إيران — بدعوى حاجته إلى
العلاج . كما احتجز بجانب هؤلاء القائم بالاعمال الأمريكي ودبلوماسيان
آخران في وزارة الخارجية الإيرانية في ظروف غامضة . ثم قام المناضلون — وهم
من الطلبة — بالافراج عن ثلاثة عشر شخصا من المحتجزين يومى ١٨ ، ٢٠
نوفمبر سنة ١٩٧٩ .

وتحكي قصة هؤلاء المحتجزين سلسلة طويلة من الاحداث ليس هنا مجال
تفصيلها . وقد اهتم مجلس الامن بالموضوع وأصدر بصفته عدة قرارات كانت
في صالح الولايات المتحدة ، كما رفعت الولايات المتحدة دعوى ضد ايران أمام
محكمة العدل الدولية انتهت بحكم ضد ايران . والطريف أن العدد/٧٤
من المجلة الأمريكية للقانون الدولي الصادر في ابريل سنة ١٩٨٠ تضمن تعليقا
على الحكم (ص ٤١١ — ٤١٧) ألخص ترجمة لمقتطفات منه . يرى التعليق
أن استخدام سفارة للمساس بالنظام الدستورى لدولة والمساعدة في اقامة
وتدريب البوليس السرى الذى ارتكب عددا من الجرائم ضد الشعب يعتبر من
الامور الخطيرة ولذا فان القانون الذى يغلب أحكام الحماية الدبلوماسية على
مصالح الشعب ويحمى الدبلوماسى على حساب استقرار الدولة هو قانون
جائر ، إذ كيف يمنح حاكما طاغيا عذب شعبه حق الملجأ ونضفى حماية باسم
الدبلوماسية على الشرطة المتعسفة . ان تفسير هذا هو أن القانون الدولى
المعاصر وضع لحماية الحكومات ضد مصالح المجتمع ولذا فان الاحتفاء وراء
القانون في مثل هذه الفروض الجائرة يفترق إلى اساس منطقي . وحرى بالذكر
ان ايران كانت قد طلبت من المجتمع الدولى منذ البداية تشكيل لجنة للتحقيق

فيما ارتكبه الشاه من مظالم وتصرفات غير مشروعة وربطت بين الافراج عن المحتجزين وبين تسليم الشاه إليها واعادة امواله إلى الشعب . ويبدو أن اللجنة قد تحققت من صدق اتهامات الثورة الايرانية للشاه .

إن الرأي عندى هو أن الأمان أو الجوار الذى اعطى أو يعطى لمبعوث الحضرتين يتضمن نصا — أو عرفا ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا — باعفاء المبعوث من المثل أمام قضاء الدولة الإسلامية وفضلا على أن ذلك هو من قبيل المعاملة بالمثل فإنه لا يتعارض في مفهومى مع الآيات التى يستند إليها الفقهاء في تطبيق الشريعة الإسلامية على الحوادث التى تقع في دار الإسلام في حق المقيمين على اقليم الدولة الإسلامية . ان الفقهاء يوردون في هذا المقام عموم الآيات الآمرة بالحكم بما أنزل الله في سورة المائدة . قاله سبحانه يقول « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » (الآية ٤٤) ويقول عز من قائل « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون » (الآية / ٤٥) ويقول جل ذكره بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون (الآية ٤٧) ويقول تبارك وتعالى « وان احكم بما أنزل الله ولا تتبع اهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك » ، (الآية ٤٩) . إن هذه الآيات نص في القانون الذى يطبقه القاضى المسلم فهى تشكل قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص وتبعا فهو ملازم بحكم تلك الآيات إذا ماعرض الامر عليه ولكنها ليست حكما نصا في اختصاص القاضى المسلم وحده فليس في مبنائها ملازم بأن يكون القاضى المسلم هو وحده الذى ينظر في القضايا التى تقع في دار الإسلام . والدليل على ذلك أن الفقهاء أجازوا أن يكون هناك قاض غير مسلم في دار الإسلام للفصل فيما يتعلق بالشئون الخاصة بالذمى والمستأمن . أما ان اختصاص القاضى المسلم بالفصل فيما يصدر عن المبعوث من جرائم هو دفع للفساد فأمر يمكن غض النظر عنه من قبيل الاستحسان ودرا للفسدة اكبر وهى سوء العلاقات بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية إن لم تكن القطيعة بين الدولتين . وقد رأينا الغضبة المضرة التى غضبها المجتمع الدولى عندما احتجزت ايران بعض الدبلوماسيين الامريكيين وماتعرضت له ايران من محاولة غزو امريكى لاختطاف المحتجزين .

ثم ان اعفاء المبعوث من الاختصاص الإسلامى لا يعنى مساحة المبعوث عما ارتكبه فإن المفروض أن تأتى دولته احدا منين: فهى اما ان تتنازل عن حصانته كى يحاكم أمام القضاء الإسلامى واما ان تقوم هى بمحاكمته عما فعل وتوقع عليه الجزاء الذى يراه قضاؤها وفى ذلك تطيب لخاطر الدولة الإسلامية فى الظروف والاموضاع الدولية الراحنة .

هذا ولا يغيب عن البال ان من حق الدولة الإسلامية ان تطرد المبعوث المجرم (أى تعتبره شخصا غير مرغوب فيه) وتطلب إلى دولته سحبه وفى هذا رد على الحجة التى تبرر اخضاعه للقضاء الإسلامى بدعوى ان المجرم لا يصلح لاداء وظيفة المبعوث .

ولكن ما القول لو أن سفير دولة الإسلام اتى تصرفا مدنيا او ارتكب جريمة فى اقليم دولة المقر ثم اعيد إلى دولة الإسلام ، هل يمكن مقاضاته امام القضاء الإسلامى ام لا ؟ .

إذا كان مبعوث الدولة الإسلامية غير مسلم فأنى لا أرى ما يمنع من ان يقاضى مدنيا وجنائيا أمام القضاء الإسلامى أو القضاء الذى تخصصه دولة الابتعاث الإسلامية لرفع الدعوى على المبعوث أمامه . فهو من أهل الكتاب وأنى تصرفا أو ارتكب فعلا فى دار العهد وتبعاً فإن محاسبته فى دار الإسلام لا غبار عليها .

إما إذا كان المبعوث مسلما فالامر محل خلاف بين الفقهاء ويبدو أن القاضى المسلم — على ماهو راجح فقها — لا ينظر فيما صدر من المبعوث — شأنه شأن أى مسلم — من تصرفات مدنية فى دار الحرب . لأن المدائنة تقع هدرا فى دار الحرب لانعدام ولايتنا عليهم وانعدام ولايتهم علينا ولأن غضب كل واحد منهم (المسلم والحرى) صادف مالا غير مضمون فلم ينعقد سببا لوجود الضمان .

اما ما يرتكبه من جرائم فى دار الحرب فلا يكون مستوجبا للعقوبة عند

الحنفية حتى ولو رجع إلى دار الإسلام لأن الفعل لم يقع موجبا للعقاب أصلا لعدم ولاية إمام المسلمين على دار الحرب . أما الجمهور فيرى انه يستحق العقاب عما يصدر منه موجبا لحد أو تعزيز لأن أمر الله تعالى باقامة الحد مطلق في كل مكان وزمان . وروى أبو داود في المراسيل عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ « وأقيموا الحدود في الحضر والسفر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم » .

واغلب الظن عندي ان القائلين بعدم محاسبة المبعوث المسلم عن تصرفاته وأفعاله في غير دار الإسلام انما صدروا فيما قالوا عن تصور مخالف للغرض الذي أبحثه هنا ، ذلك هو اتقسام العالم إلى دار اسلام ودار حرب وهؤلاء لم يتصوروا فئة ثالثة من الدول ولذا اعتبروا دار العهد دار اسلام لانهم صاروا بالصلح أهل ذمة تؤخذ منهم جزية الرقاب ، ولكنى اتكلم هنا عن تصور آخر . اننى اتكلم عما يأتيه المبعوث المسلم في دار العهد بمعنى الدار التي لم يستول عليها المسلمون فلا تطبق فيها شريعتهم ولكن أهلها دخلوا في عقد المسلمين وعهدهم على شرائط اشترطت وقواعد عينت . ومن الشروط التي تعتبر حاليا ضمن أحكام العهد محاسبة المبعوث عن تصرفاته المخالفة لشريعة دار العهد — طوعية لما تقضى به الاعراف الدولية اما امام قضاء دار العهد واما امام قضاء دار الإسلام . ومن الامثلة السالفة لدار العهد — بالمعنى الذى أقصد اليه — أهل النوبة الذى احتفظوا باستقلالهم رذحا طويلا فعقد عبد الله بن سعد معهم عهدا ليس فيه جزية وانما كانت مبادلات تجارية بين الطرفين ولذا فإنى أطلق على الدول التي تدخل في علاقات سلمية مع الدول الإسلامية وتتبادل معها السفراء بداية العهد . ان القبول بغير هذا يهدد تأمين المصالح الاقتصادية وحل القضايا السياسية بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية . ولعل هذا التقسيم الثنائى الذى تمسك به جمهور الفقهاء التقليدى هو الذى اتخذه بعض المستشرقين دليلا على ان الإسلام عقيدة غارات وحروب وسماء جولد تسهير تقويم البلدان الإسلامى وهو تقسيم لا يلتقى كما اسلفت — مع نص أمر في القرآن أو الحديث — ولا يستقيم مع حقائق الحياة الدولية حتى في باكورة قيام

الدولة الإسلامية فقد عقد الرسول ﷺ صلحا مع نصارى نجران أمنهم فيه على حياتهم وفرض عليهم ضريبة . قيل أنها خراج وقيل إنها جزية . كما عامل الحبشة — وهى ليست من دار الإسلام — على أنها دولة صديقة ، وكان عليه الصلاة والسلام يهتم شخصا براحة من يقوم منها برسالة (الطراز المتقوش لعبد الباقي ، ص ٤٥ — ٤٦) . فاذا كان الامر ماقدمت فكيف نقول إن مديانة المسلم فى دار العهد تقع هدرا وان مايرتكبه من جرائم هناك لا يستوجب العقاب ؟! إن مثل هذا يكون فهما غريبا للصلح والعهد . ولكن الذى نستطيع أن نقوله — وأنا أؤيده — إن القاضى المسلم ملزم بأن يقضى فيما يعرض عليه من تصرفات وفعال المبعوث فى دار العهد — بأن يحكم بما أنزل الله لان هذه كما اسلفت هى قاعدة تنازع القوانين فى الإسلام .

ب — الحصانة العينية :

لا يخطئ الدارس للحصانات العينية فى القانون الدولى المعاصر فى ملاحظة أن الاضطراب يعتور الفقه والعمل الدوليين فى هذا الخصوص . وينصب الخلاف اساس على ماإذا كانت الحصانة العينية تقتصر على الاموال التى يحتازها الدبلوماسى بصفته الرسمية ام انها تمتد شاملة لكل مايمكن لدى الدبلوماسى بصفته الشخصية . وهكذا نرى الفقه متفقا على اضافة الحصانة على الاموال العامة للدولة ولكنه يذهب مذاهب شتى بالنسبة لما يملكه الدبلوماسى ملكية خاصة .

اما مبانى البعثة فقد عاجلت م ٢٢ من وفاق فينا مركزها الخاص فحرمت على دولة المقر ممارسة اى تصرف من تصرفات السيادة فى تلك المبانى أو مايرتبط بها ، وفرضت على دولة المقر حمايتها من أن تنتهك حرمتها أو أن يعيث بها المتطفلون . والراجح عندى ان الالتزام بحماية مبانى البعثة ليس التزاما مطلقا بمعنى انه إذا أصاب المبانى ضرر دون أن يكون ذلك بسبب اهمال دولة المقر فإنها لا تتحمل مسئولية ذلك قانونا . وفى تقديرى أن النظرية الإسلامية سبقت إلى تلك الاحكام قياساً على السنة النبوية الشريفة . فقد دأب الرسول ﷺ

على تخصيص مسكن خاص للرسول في بيت رملة بنت الحارث بن سعد ، كما كانت هناك دار أخرى للغرض ذاته يطلق عليها « دار الضيفان » . ان هذه الدور — وهي دور الضيافة — تعنى ان الإسلام يحرص على ان تكون اقامة المبعوث وممارسته لمهمته في مكان يطمئن فيه على توفر حقوق الضيف وراحته . وكانت دورا للضيافة المؤقتة لان الوفادة كانت مؤقتة أما اليوم فإننا نستطيع — عن طريق القياس — ان نقول ان دور البعثات ومايلحق بها هي دور ضيافة دائمة تسمح بها دولة الإسلام لاستقبال واقامة المبعوث وممارسته لمهام وظيفته . وتبعاً فان مقتضى هذه الضيافة الخاصة ان تضمن دولة الإسلام لتلك المباني حرمة تتفق مع الالتزامات التي تفرضها آداب الإسلام على المضيف . وأن تحرص على ألا تأتى فيها بما يعكر صفو المبعوث — كمضيف . وطبيعى أن حصانة المبنى تمتد إلى مابه من أوراق ووثائق ومستندات ، فهذه ايضا لا يجوز لدولة المقر أن تمس بها وتقاس على هذا حصانة البريد الدبلوماسى فلا يجوز تفتيش الحقيبة الدبلوماسية (أى حقبة الحضرتين) ولا يجوز انتهاك حرمتها الا في الأحوال التي يجوز فيها تفتيش الامتعة الشخصية للمبعوث . ومن السوابق الخطيرة سابقة القضية التي ضبط فيها سفيران من امريكا اللاتينية وهمايزبان في الحقيبة الدبلوماسية كميات كبيرة من المرويين إلى الولايات المتحدة وتبين انهما عضوان في عصابة دولية لتهرب المخدرات .

ومن هنا فالى ارى ان النظرية الإسلامية تتسع في شأن حصانة ومباني الحضرتين — لما قد تضيق عنه النظرية الدولية المعاصرة . فهي تقرر حصانة لمسكن المبعوث : ايا كانت مرتبته سفيراً أو من مساعدى السفير ومعاونيه بشرط الا يستخدم المسكن لاغراض تتعارض مع المصلحة العامة للدولة الإسلامية . ولذا فالى اقول ان هذه الحصانة الواسعة التي تقرها النظرية الإسلامية لا يجوز إلاحتجاج بها في حالتين :

أ — منح ملجأ لاعتبارات غير انسانية لاسيما إذا كان اللاجئ قد ارتكب جرماً ضد العقيدة الإسلامية .

ب — استخدام دار البعثة لنشاط غير مرغوب فيه ويهدد سلامة الدولة وأمنها القومى .

واضرب هنا مثلاً لسابقة معاصرة لأنها حدثت بين دولتين مسلمتين وأُريد فيها موقف الباكستان ضد العراق على فرض صحة زعم باكستان . حصل سنة ١٩٧٣ ان استدعت وزارة الخارجية الباكستانية سفير العراق لدى باكستان وأفهمته ان اسلحة ترد إلى باكستان تحت ستار حصانة الحضرتين وان هناك دليلاً على انها تخزن في السفارة العراقية فرفض السفير اعطاء اذن بالتفتيش ولكن رجال الامن اقتحموا — في حضور السفير — مباني السفارة وعثروا على رسائل كبيرة من الاسلحة ، ونتيجة لذلك ارسلت حكومة باكستان احتجاجاً إلى العراق وسحبت سفيرها هناك واعتبرت أن السفير العراقي شخص غير مرغوب فيه .

بيد ان هذا لا يعنى ان تتخذ منه الدولة الإسلامية مبرراً لاقلاق راحة البعثة وتحذى حصانتها إذا يجب ألا تلجأ إلى هذا الا في حالات الضرورة القصوى التى تمنع فيها البعثة في اساءة استعمال الحق في الحصانة .

ومن الطلى — قبل أن انهى الكلام عن الحصانة العينية — أن تعرض لخصامة لها أهميتها حتى أن البعض يعالجها منفصلة عن حرمة مباني البعثة ، ذلك هو مايسمى بحق العبادة *droit de chapelle* . وقد قدرت لجنة القانون الدولى — وهى بصدد اعداد مشروع معاهدة الحصانات والامتيازات الدبلوماسية أن هذا الحق مستقر إلى حد أنه فى غنى عن أن يدرج ضمن أحكام المشروع — والواقع أن الجدل الذى يدور حول هذا الحق لا يتعلق بأساس وانما بنطاق تطبيقه وهل يقتصر على رئيس البعثة أم انه يمتد إلى من هو دونه مرتبة وهل يعلق ذلك على أن تكون ممارسة الديانة المعنية مسموحاً بها علناً فى دولة المقر وهل يحجز ذلك قرع الاجراس أو السير بموكب خارج المبنى ، وهكذا . وقد انتهى وفاق فينا إلى اثبات ذلك الحق ولكنه ترك تحديد طريقة ممارسته لما تقضى به قوانين ونظم الدولة المضيفة التى يجب على موظفى البعثة مراعاتها طواعية لنص المادة ٤١ من

الوفاق . وذلك حكم يتطابق مع ما قالت به النظرية الإسلامية منذ مئات السنين . ان الشريعة الإسلامية لم تقر بحرية العبادة للمبعوثين فحسب بل انها تقرها لغير المسلمين عامة . وعلى ضوء ذلك عاش غير المسلمين في كنف الدولة الإسلامية دون أن يتعرض احد لعقيدتهم أو يكرههم على الإسلام وترك دينهم « لكم دينكم ولي دين » (الكافرون / ٦) .

ولكن لا يفوتني هنا أن اشير إلى آراء الفقهاء في شأن اجبار الذميين والحريين على دخول الإسلام فلهم في ذلك أقوال واختلافات معروفة . فمنهم من يرى جواز اجبار الذمى على دخول الإسلام ومنهم من رأى — وهو الجمهور — عدم جواز إكراه الذمى والمستأمن على دخول الإسلام ، ولكل أسانيده من القرآن التي تنفى بعضها الاكراه وتدل بعضها على الاجبار . ومناقشة هذا الخلاف تخرج في تفاصيلها عن موضوع هذه الدراسة ولكن الدارس الذى ينعم النظر في الآيات الكريمة سوف يجد أن القتال والاكراه على قول الإسلام بمعنى الخضوع والانقياد له انما يرتبط بموقف غير المسلم من الدعوة الإسلامية وتعرضه لفتنة الناس عن دينهم فان لم ينقص المسلمين شيئاً ولم يظاهر عليهم ترك معاهدا مستأمناً إلى أن يقضى الله فيه أمره . وقد تعرضت من قبل — بقدر كاف من التفصيل لنظرية الإسلام إلى العلاقات الدولية وأن الاصل فيها هو اسلام لا العدوان . أما عن الإعلان عن شعائهم واطهارها بدار الإسلام فللفقهاء فيها تفصيل .

فالحنابلة يرون وجوب « منعهم من اظهار شعائهم لمخالفة ذلك للمظهر الإسلامى العام اما اقامتهم الشعائر داخل اماكن العبادة التي خصوصها لذلك فجائز ويرى الحنفية انهم يمنعون من اظهار شعائهم في امصار المسلمين — عواصمهم — حيث أنها موضع لاطهار دين الإسلام وشعائر المسلمين ، فلا يسمح بمزاحمة تخير المسلمين لهم في ذلك » (عبد الوهاب عبد العزيز الشيشانى — حقوق الانسان وحرياته الاساسية في النظام الإسلامى والنظم المعاصرة ، مطابع الجمعية العلمية الملكية ، ١٩٨٠ ، ص ٥١٦ — ٥١٧) .

ومن ثم فإن للمبعوث — أيا كانت مرتبته ، بل ولكافة موظفى البيعة وخدمتها — أن يمارسوا شعائرهم الدينية داخل البيعة وألا يعلنوا عنها على نحو يخالف المظهر الإسلامى العام . وجلى أن حكم م ٤١ من وفاق فينا لا يعارض هذه النظرية الإسلامية .

الامتيازات المالية :

لم يكن حكم القانون الدولى — فيما سبق مؤتمر فينا — واضحا بشأن الاحكام التى تنظم فرض ضرائب على المبعوثين . وذهب بعض الفقهاء فى تبرير ذلك إلى أن الاعفاء مجاملة دولية تقسوم على المعاملة بالمثل وإلى صعوبة اتخاذ اجراءات جبرية ضد المبعوث الذى يرفض دفع الضرائب . وقد قررت م ٣٤ قاعدة عامة تعفى المبعوث من دفع الرسوم والضرائب الشخصية والعينية — الوطنية والاقليمية والبلدية — راكمها اجرت على تلك القاعدة ثلاثة استثناءات تتعلق (١) بالمستحقات التى تفرض لقاء خدمات معينة تؤدى مثل رسوم الطريق أو استهلاك الكهرباء والمياه . (٢) والضرائب غير المباشرة وهى التى تدرج عادة ضمن سعر السلع والخدمات ، (٣) والضرائب العقارية والضرائب التى تفرض على نشاط شخصى للمبعوث . لا صلة له بواجباته الرسمية .

والاحكام التى انتهى اليها وفاق فينا تكاد تكون تقنيا لما قال به الفقه الإسلامى منذ العصر الوسيط فأساس الامتيازات المالية — كما اسلفت — هى المعاملة بالمثل . وقد قرر الفقهاء « عدم التزام المستأمن بضريبة الجزية إلى مادون السنة عند أكثر الفقهاء (غير الحنابلة) أو طوال اقامته فى بلاد الإسلام حتى تنتهى حاجته عند الحنابلة » (الزحيل ، المرجع السابق ، ص ١٥٦) . ومن ثم فإن المبعوث — كمستأمن مقيم ، أو كمجاور — لا يدفع الجزية طوال قيامه بمهمته قياسا على المذهب الحنفى .

أما ضريبة الخراج . فالامر فيها لتقدير الحاكم إن رأى قدرها وإن رأى أعفى المبعوث منها . وفى تقديرى انه مادام ان وفاق فينا قد استثنى الضرائب

العقارية من الاستيلاء التي المالية، فإني أرى أن هذا الخيار يبقى للإمام ويجب أن يراعى
في ممارسته الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل السليم إلا إذا كان العقار في حيازة المبعوث
بمسببة دولة الإيجاب لا غرض تتعلق بالبعثة فإني أقترح في هذه الحالة أن يقرر
الإمام إعفاء العقار من الضريبة العقارية توطيدا لخصانية بالمسببة واحتراما لمبدأ
المساواة بين الدول وتدعيما لمعاملات السلام بين الدول .

قياسات الخلق كما
كذلك يعفى المبعوث من الضرائب الشخصية المباشرة مادام أن وفاق فينا
قد قرر الإعفاء منها لأن الالتزام بهذا الإعفاء قد أصبح بفضل تطبيق هذه المادة
الالتزام بتبادلها متقابلا .

و يمكن أن يضيف بنسبة الكلام عن الاستيلاء المالية . ولعل أن هذه
الاضافة لا تدخل ضمن الامتيازات المالية بالمعنى الدقيق . أن السوفاء يكون
ما كانوا يحضرون بالهدايا من قبل دولة الاعتراف وقد روي عن الرسول ﷺ أنه

أوصى به وهو على فراش الموت . بأن يخرج من أهله ثوبين أو ثوبا واحدا
بالهدايا . كما كان يفعل هو . وقد أعطي عامل إيمان ذات مائة وخمسمائة درهم
في عهد النبي ﷺ .

أما حصانة الحضرتين بمبدأ رخصته ريثما بدأ استخاء

تبدأ حصانة الحضرتين من وقت دخول المبعوث إقليم دولة الاستقبال .

سئل رأيي في هذه المسألة وقد أعلم أنكم لا تلتزمون بالمراسلة على رأيي . وتلك
مسألة ضمنية لا أعلن أن النظرية الإسلامية تفصيليا فيها فهي معنوية مشنونة للخصامة

التي لا يمكن تطبيقها في الدولة الإسلامية طينتها علمية بشيخون لئلا يجعلها

وتنتهي أمددة الحصانة بأحد أمرين . (قلنا لا) . دلوقدا .

التي لا يمكن تطبيقها في الدولة الإسلامية طينتها علمية بشيخون لئلا يجعلها

بأنهاء مدة سقارة المبعوث .

أما عن التنازل فقد قدمت أن للدولة الإسلامية أن ترفع الحصانة عن رئيس

البعثة والرئيس البعثة أن يرفع الحصانة عن باقي مبعوثي الحضرتين الروسين له .

ولكن هذا حكم نظرى لاننى انصح الدولة الإسلامية بعدم رفع الحصانة عن ممثلها لدى الدولة غير الإسلامية لاعتبارين : الأول هو قوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (النساء / ١٤١) ذلك أن السماح للدولة المقر المخالفة بمحاسبة المبعوث الذى يمثل دولة الإسلام يمكن أن يدخل فى حكم جعل السبيل للدولة المقر المخالفة على دولة الابتعاث . والثانى هو مخافة أن يفت ذلك فى عضد المبعوث وقد يهون من إيمانه بحماية دولته له ، وهذا ماتبصره عمر بن الخطاب فكتب إلى عماله ألا يجلدن أمير الجيش ولا سرية أحدا حتى يخرج إلى الدرب غافلا لئلا تلحقه حماية الشيطان فيلحق بغير المسلمين . وقد نصح ابو الدرداء بعدم اقامة الحدود على المسلمين فى ارض العدو خشية أن تستشاط فيهم الحماية فيلحقوا بالكفار . وروى البيهقى عن زيد بن ثابت حديثا نصه « لاتقام الحدود فى دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو » . وروى عن علقمة ان حذيفة نصحهم — اثناء غزوهم لارض الروم — وقد أرادوا حد رجل احتسى الخمر بألا يحذوه وقد دنوا من عدوهم فيقطع ذلك العدو فيهم . ويجوز للدولة الإسلامية أن تعتبر المبعوث شخصا غير مرغوب فيه إذا ارتكب بعض المخالفات مثل الزنا بمسلمة أو الزواج بها — إذا لم يكن مسلما — أو دلالة اهل الحرب على عورة المسلمين او مكاتبتهم بأخبارنا أو فتنة مسلم عن دينه أو قتله عمدا أو قذف مسلم أو دعوته إلى دينه أو الطعن فى الإسلام أو القرآن أو سب الله أو ذكر الرسول او غيره من الانبياء بسوء . ويرى المالكية والحنفية ان نقض اقامة المبعوث هنا يمكن أن يحصل سواء شرط ذلك على المستأمن (أو الجار) أم لم يشرط والأصح عند الشافعية انه لا ينتقض عهدهم بذلك الا إذا شرط عليهم انتقاض العهد بالمخالفة .

اما عن انتهاء الحصانة بانتهاء مهمة المبعوث ، فإن الشافعية والمالكية يقولون بذلك ولكن خلفية رأيهم هو توقيت الامان — وتبعا الجوار — بأجل اقصى وعندهم أن هذا الاجل يجب ألا يتجاوز عشر سنوات كالهذنة — ولكنهم يقبلون هذا الأجل الطويل فى حالة ضعف الدولة الإسلامية فحسب .

وقد تشدد الحنفية والشيعة الامامية والزيدية فاشتروا الا يبلغ الامان عاما

وأن يقدر الاجل بمدى الحاجة فحسب خشية ان يغدو المستأمن (الجار) عينا على المسلمين وعونا عليهم .

أما الخنابلة فكانوا أكثر المذاهب واقعية وأوسعهم حلما على المستأمن (الجار) فأجازوا عقد الامان للمبعوث مطلقا ، أى انهم لم يقيدوا الامان بمدة معينة بخلاف الهدنة فانها لا تجوز الا مقيدة .

ولما كانت خلفية المذاهب فى تحديد مدة امان المبعوث بفترة معينة انما تنطلق من تصور الوفاة على انها مؤقتة . أما ونحن نتكلم عن وفادة دائمة فإن الرأى الأكثر اتساقا مع واقع العلاقات الدولية المعاصرة عندى هو رأى الخنابلة . ومن ثم فإن المبعوث يتمتع بحصاناته وامتيازاته مادام قائما على رأس وظيفته سواء طالت أم قصرت . ومن الامور التى تقتضيها المصلحة المرسلة أن نتبنى نص م ٣٩ من وفاق فينا ونصها :

١ — تزول الامتيازات والحصانات عن الشخص المتمتع بها متى انتهت وظيفته من الوقت الذى يغادر فيه البلاد أو بمجرد انقضاء المدة المعقولة التى منحت لحد الغرض وتظل تلك الامتيازات والحصانات نافذة طوال هذه الفترة حتى فى حالة قيام نزاع مسلح . ومع ذلك تبقى الحصانة قائمة فيما يتعلق بالاعمال التى أداها هذا الشخص فى مباشرة وظيفته بوصفه عضوا فى البعثة .

٢ — فى حالة وفاة أحد اعضاء البعثة يستمر أفراد عائلته متمتعين بالامتيازات والحصانات المقررة لهم لمدة معقولة تسمح لهم بمغادرة اقليم دولة الاستقبال .

وبدهى أن تنتهى السفارة بقيام الحرب لان السفارة تفقد عندئذ الحكمة من بقاءها ويسقط عنها مبررها .

وليس مما يجافى المنطق أن يخضع مبعوث الحضرتين للقضاء — بعد أن ينتهى أمد حصانته — عن أمور حصلت وقت أن كان متمتعاً بالحصانة ، إذا قضى القانون المحلى لدولة المقر بذلك .

وإذا كان مبعوث الحضرتين يملك أن يحتج بحصانته فليس أمام صاحب الحق إلا أن يدعى عليه أمام حاكم دولة الابتعاث وسلطانها الداخلية .

ويذهب الفقه التقليدي إلى أنه لا يجوز للامام أن يترك السفراء يخرجون من ملكه بشيء من الرقيق والسلاح أو بشيء مما قد يكون قوة لهم على المسلمين ، أما الثياب والمتاع فلا يمنعون منه . وإيم الحق إن هذا الرأي ينبعث عن فكرة تقسيم العالم إلى دار اسلام ودار حرب وهي الفكرة التي أكدت عدم استنادها إلى نص إلزامي ، ومن ثم فإن الدولة الإسلامية يحسن ألا تذهب في المنع الذي تفرضه على السفير عند خروجه إلى الحد الذي يتجاوز متطلبات الضرورة .

قطع تبادل تمثيل الحضرتين (قطع العلاقات الدبلوماسية)

ان قطع العلاقات بين الحضرتين إنما يكون بنقض الامان ولذا فان قطع تلك العلاقات تحكمه قواعد نقض الامان (الجوار) . ويتنقض عقد الامان والجوار بما يتنقض به عهد الذمة . ويضيف الحنفية إلى ذلك جواز أن يقوم أحد طرفي الامان والجوار بنقضه بإرادته الانفرادية لان عقد الامان والجوار عندهم غير لازم .

وبد هي ان أمان الحضرتين لا ينقض بعدم دفع الجزية لان المبعوث معنى — كما اسلفت — من دفع الجزية مابقي قائما على بعثته . ولذا فان نقض أمان الحضرتين — أي جواز قطع العلاقات الدبلوماسية بين دولتي الابتعاث والاستقبال — لا يكون الا بارتكاب دولة الاستقبال لبعض المخالفات .

وجدير بالذكر أن التطور الثقافي الذي واقع المواصلات والاتصالات راح يغلب النشاط الفني للمبعوثين على دورهم الخلاق بعد ان اصبح ميسورا عليهم الاتصال بالمسؤولين في دولهم لتلقي التعليمات ، وهكذا غدت الدبلوماسية في خدمة الشعوب بعد أن كانت قاصرة على الحكومات . وقد خلف هذا التطور بصماته على طبيعة قطع علاقات الحضرتين فبعد أن كان يستجر وراءه قطيعة تكاد تكون كاملة أصبح لايعنى لزاما قطع العلاقات التجارية أو القنصلية لان

قطع علاقات الحضرتين يتغيا اليوم الإعراب أولا عن احتجاج لا يحرك الحكومات فحسب بل يقصد إلى استشارة الرأي العام العالمى .

وفرق بين قطع العلاقات وبين وقفها فإذا أوقفت العلاقات فإن استئنافها لا يتطلب اصدار خطاب اعتماد جديد .

ولكن انتهاء تمثيل الحضرتين يثير مشاكل جدية تتعلق بمصالح الدول المعنية ورعاياها ولذا تسعى الدول أول ماتسعى إلى تعيين دولة ثالثة لرعاية تلك المصالح وتسمى بالدولة الحامية .

وعلى الرغم من الخلاف الذى يدور بين الفقهاء حول أثر قطع العلاقات على المعاهدات فإن الاجاز يقتضى ان اقنع هنا بتلخيص حكم المادة / ٦٣ من وفاق فينا الخاص بالمعاهدات وتقرر بأن قطع العلاقات لا يمس العلاقات القانونية التى تقيمها المعاهدات بين الدولتين اللهم الا فى نطاق مايجعل بقاء العلاقات لازما لتطبيق المعاهدة .

كذلك يجب ألا يمس قطع العلاقات الحرمة المقررة لمباني البعثة وسجلاتها كما يظل مبعوث الحضرتين محتفظا بصفته للفترة المعقولة من الزمن التى تمنح لذلك النرض ويظل المبعوث محتفظا بمصانته حتى ولو قامت حرب بين الدولتين ، كما أسلفت .

ومن الطلى أن اوضح ان قطع العلاقات لا يستبعد الصور الاخرى من الاتصال بين الدولتين مثل البعثات الخاصة والابتقاء فى المؤتمرات الدولية .

ان الاحكام السابقة جميعها ليست غريبة على النظرية الإسلامية وهى تدخل فى باب الشئون الدينية التى قرر الرسول ﷺ أن الناس اعلم بها وتبعها ترك لهم تديرها من قبيل السياسية الشرعية .

بل ان النظرية الإسلامية تبدو وأكثر كرمًا فى هذه الناحية ذلك أن مجرد اعلان الحرب لا يترتب عليه فى حكم النظرية الإسلامية تعطيل تمثيل الحضرتين وإنما لابد من قيام دليل على أن المبعوث اصبح يمثل خطرا على الدولة

ومصالحها . ان قيام الحرب لا ينقض الامان (الجوار) إذ يظل المستأمن (الجار) على أمانه (جواره) وله أن يغادر دار الإسلام وقتما يشاء ومعه ماأحضره من أموال بل ومعه أموال أخرى على ألا تكون من قبيل المهربات الحربية . واذا كان ذلك هو الوضع بالنسبة للمستأمن العادى فان المستأمن المبعوث (الجار) يبقى على حصانته إلى أن يعاد إلى مأمنه .

استطراد : الوفاة الخاصة :

اقصد هنا بالوفاة الخاصة الرسل الذين يرسلون فى مهمة مؤقتة وهى صورة سبقت كما اوضحت تبادل السفارات الدائمة وقد تضاءلت أهمية الوفاة الخاصة مع قيام التمثيل الدائم ولكنها عادت فى السنوات الاخيرة إلى الازدهار مع اكثار الدول من استخدامها . بيد أن اضطراد العمل الدولى على ايفاد الرسل فى مهام خاصة لم يخلف قواعد موحدة واضحة فى شأن معاملة افراد تلك الوفاة . ولذا سعت الجمعية العمومية للأمم المتحدة — عن طريق لجنة القانون الدولى — إلى سن معاهدة تتضمن قواعد يتفق عليها .

والتاريخ الإسلامى ملئ بصور من الوفاة الخاصة بدءاً برسولى مسيلمة الكذاب إلى محمد ﷺ مارا بالوفود التى وفدت على الخلفاء الراشدين وانتهاء إلى مانشهده اليوم . وقد خلط النقه الإسلامى بين المركز القانونى للوفود الخاصة وبين المركز القانونى للبعثات الدائمة ولذا استعار أحكام الحصانات والامتيازات المتعلقة بالوفود الخاصة وطبقها على البعثات الدائمة ، وهذا ماألجت إليه من قبل ورفضت متابعتها فى دراسة حصانات وامتيازات البعثات الدائمة دون تمحيص ودراسة .

صحيح أن السفارات المؤقتة والدائمة قد تشترك فى المواصفات التى يجب تحريها فى الرسول والأغراض التى تستهدفها السفارة ومراسم استقبال المبعوث . ولكن الأساس قد يختلف ذلك أن النقه التقليدى عرف السفارة المؤقتة وناقش أحكامها ولذلك فأن ماورثناه من آراء فى هذا الخصوص له حججه على عكس الأمر بالنسبة للسفارات الدائمة فهى صورة مستحدثة للسفارة لم

يكن الفقه التقليدي على بينة من أمرها ولذا فإن أحكامها تحتاج إلى اجتهاد ولا يمكن أن نكتفي في شأنها باجتهاد الفقه التقليدي . ومن ثم فإن عرضي في شأن السفارة المؤقتة هو ملخص لما قاله الفقه التقليدي في حين أنني فتحت لنفسي باب الاجتهاد في شأن أحكام السفارة الدائمة .

ويشترط الفقه الإسلامي في الرسول صفات ومؤهلات معينة أولها الصفات الجسمانية كتمام القدر وامتداد الطول وفصاحة اللسان وقوة الجنان . وقد قال الجاحظ في الشعراء « وليكن الرسول صحيح الفطرة والمزاج ذا بيان وعبرة ، وبصيرا بمخارج الكلام ووجوهه مؤديا لألفاظ الملك ومعانيها ، صدوق اللهجة ، لا يميل إلى طمع ، حافظا لما حمل » .

والعادة أن يرسل مع السفير حاشية تناسب مع أهمية المهمة وخطورة الدولة المتبعث لديها .

ويجمع الفقهاء على عدم جواز التعرض للسفراء والرسول الذين يصحبونهم فهم يتمتعون بالأمان في اشخاصهم واعتبارهم وأموالهم وأسرهم وحاشيتهم حتى الخدم والعبيد وتعتبر أية اهانة تلحق بأحدهم كأنها موجهة إلى السفير أو الرسول نفسه ..

ويقول الفقهاء ان الولاة إذا مالتوا رسولا يسألون عن اسمه فان قال أنا رسول الملك بعثني إلى ملك العرب وهذا كتابه معي وماعى من الدواب والمتاع والرقيق فهدي له فانه يصدق ولا سبيل عليه ولا يتعرض له ولما معه من المتاع والسلاح والرقيق والمال . وهذا معناه أن الرسول في بعثة مؤقتة لا يحتاج إلى أمان مسبق قبل أن يصل أرض المسلمين . ولو أن الدولة الإسلامية كانت تزود سفرائها بأوراق اعتماد صادرة على لسان الخليفة للتعريف بالسفير وصفته ولقبه ومركزه .

وتختلف النظرة الإسلامية هنا عن النظرية المعاصرة لأن الفقهاء المسلمين يرون أن يسأل السفير أو الرسول جنائيا ومدنيا عما يرتكبه من أعمال في دار

الإسلام لأن الشريعة الإسلامية لا تجيز اهدار حقوق الأفراد أيا كان الاعتبار .
والسفير أو الرسول بصفته مستأمناً أو جاراً يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية .
ولكن من الفقهاء من يميز اعفاء المستأمن (الجار) — وتبعاً للسفير أو الرسول —
من المسئولية الجنائية التي تتعلق بالحق العام — أى حقوق الله — كما يرى بعض
الفقهاء المحدثين اعفاء المستأمن (الجار) والسفير من العقوبات التعزيرية لأن
تقدير تلك العقوبات من حق ولي الأمر .

ويرى بعض الفقهاء المعاصرين اعفاء السفير من الخضوع للقضاء المدني على
أن تعوض الدولة رعاياها عما يلحقهم من أضرار وضياع حقوق بسبب هذه
الحصانة ، وذلك إذا لم يتمكنوا من مطالبة السفير بها أو مقاضاته .

كذلك يرى الفقهاء المسلمون اعفاء الرسل من الرسوم والضرائب كالرسوم
الجمركية والعشور إلا إذا كان ما يملكه الرسول من متاع عروضاً للتجارة .
ويجوز للإمام ، كما قدمت ، أن يعفى السفير من الضريبة المفروضة على العقار .
وعلى كل فإن المعتبر في كل ذلك هو العرف والمعاملة بالمثل .

المبحث الثاني في النظام القنصلى

تمهيد :

كانت التجارة ولا زالت عاملا فعالا في توطيد العلاقات بين الأمم فلا غرو أن تتجه الجهود إلى توفير وسائل رعايتها والعمل على تنميتها . ولا ختل في أن النظام القنصلى يسهم اليوم بنصيب وافر في هذا المجال ، وقد مر على مدى العصور بتطورات تسعى إلى اضافة مزيد من الفعالية عليه حتى انتهى إلى ما انتهى اليه .

ويزعم الغريون — وتلك عادتهم في الحرص على نسبة الفضل دائما لانفسهم — أن البذور الأولى التى نبت منها النظام القنصلى تعود إلى الجماعة الاغريقية التى عرفت نظاما لاشخاص عرفوا باسم proxéne يختار الاجنبى واحدا منهم اثناء اقامته في البلد الاغريقى لحمايته ولتقديم النصيحة اليه . ولا اخال هذا النظام الاغريقى غريبا على العرب فقد عرف عندهم في صورة « الاجارة » « المنع » حيث يجير العربى الغريب فيأمن بالاجارة على نفسه وتمنعه من أن يعتدى عليه . ولكنى اجد صعوبة في الربط بين النظام — الاغريقى وبين النظام القنصلى المعاصر فهو أقرب إلى منح الملجأ منه إلى رعاية المصالح التجارية التى تدرج في الإسلام تحت باب الأمان الذى يؤمن النفس والمال .

وان صح ان هناك أصلا تاريخيا للنظام القنصلى يتقارب معه في السمات ويدل اليه بالامارات فان هذا الاصل ولد عند العرب واستقام على يد المسلمين .

ان الفضل في الارهاصات الاولى لهذا النظام انما يرجع إلى اهتمام العرب

عموما وقريش على وجه خاص بشئون التجارة . فقد بلغ من اهتمام قريش بالتجارة انهم كانوا يسIRON رحلتين كل عام : رحلة الشتاء إلى اليمن ورحلة الصيف إلى الشام . ويحكى التاريخ أن عبد مناف كان له ابنة أربعة دأبوا على الارتحال إلى البلاد المجاورة لتأمين مصالح التجارة ، ولعل هؤلاء هم أول من عرف التاريخ — في حدود ما أعلم — كأناس يؤدون المهمة القنصلية فكان هاشم يتوجه إلى الشام وعبد شمس إلى الحبشة والمطلب إلى اليمن ونوفل إلى فارس .

وكان تجار قريش يختلفون إلى هذه البلاد في ذمة هؤلاء الاخوة الاربعة لا يتعرض لهم أحد بسوء . وكان كل منهم يأخذ من ملك البلد الذى يقصده أمانا له فكان هذا أشبه بالعلاقات القنصلية من أمراء مكة وغيرهم من الملوك . وفى ذلك يقول القرآن الكريم « لا يلاف قريش ايلافهم رحلة الشتاء والصيف » . (راجع الألوسى — سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب ، بغداد سنة ١٩٨٠ هـ ، ص ٦٩) .

« وقد استطاع العرب منذ أواخر القرن الثانى للهجرة — أن يستقروا في ميناء خاتقوا (بضم النون) إلى الجنوب من مدينة شنغهاى الحالية . وكان لهم بسبب تساهل امبراطور هذه البلاد وكرمه قاض مسلم يحكم بينهم وفق أحكام الشريعة الإسلامية ويؤمهم في الصلاة كما كانوا يتبادلون التجارة مع الصين ويحصلون على جوازات تسمح لهم بالتنقل في داخل هذه البلاد ابتغاء التجارة مع اهلها » (حسن ابراهيم حسن — تاريخ الإسلام ، ج ١ ، الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٤ ، القاهرة ، ص ٣١٥) .

وكانت هناك علاقات تجارية بين آهالى بخارى والصين . وبعد أن وصل نفوذ العرب إلى نهر سيجون كان التاجر يستطيع أن يذهب إلى الصين دون أن يلقى عقبات من قبل السلطات الرسمية .

وكانت مكة إلى جانب هذا من أهم مراكز الصيرفة في العالم القديم حيث كان يفد إليها التجار من أرجاء المعمورة وقد يحتاجون إلى المال لسداد ماتتطلبه

تجارتهم فكانت مصارف مكة تقرضهم ما يحتاجون وتؤدي لهم الخدمات التي تؤديها البنوك اليوم (احمد السباعي — تاريخ مكة المكرمة سنة ١٩٧٩ ، ج ١ ، ص ٤٠) .

ولا يستطيع المدقق في اصول النظام القنصلية ، أن يمر على حلف الفضول — الذي أشرت اليه من قبل — دون أن يقف هنيهة ليتأمل هذه الصورة المبكرة لتنظيم متقدم يقر العدل في المعاملات ، لا سيما التجارية منها ، وذلك بغية تشجيع العلاقات التجارية وتدعيم الروابط الاقتصادية ، وتلك هي أهم الغايات القنصلية . وكان اصحاب الحلف هم بمثابة نقابة قنصلية .

« كان نفر من جرهم وقطوراء يقال لهم : الفضيل بن الحارث الجرهمي والفضيل بن وداعة القطوري والمفضل بن قضاة الجرهمي اجتمعوا فتحالفوا ألا يقرؤا بيطن مكة ظلما ولا يبنغي ذلك لما عظم الله حقها ثم ان قبائل من قريش تداعت إلى ذلك الحلف فتداعوا في دار عبد الله بن جدعان لشرفه وسنه وكانوا من بني هاشم وبني المطلب وبني أسد بن عبد العزى وزهرة بن كلاب وتيم ابن مرة فتحالفوا وتعاهدوا الا يجلدوا بمكة مظلوما من أهلها أو من غيرهم من سائر العرب الا قاموا معه وكانوا على ظلمه حتى ترد عليه مظلمته فسمت قريش ذلك الحلف بحلف الفضول ، وشهده رسول الله ﷺ فقال عندما أرسله الله تعالى : لقد شهدت مع عمومتي حلفا في دار عبد الله بن جدعان ما أحب أن لي به حمر النعم ولو دعيت به في الإسلام لأجبت . وكان بين الحسين بن علي وبين الوليد بن عتبة منازعات في مال كان بينهما والوليد يومئذ أمير على المدينة لعمه معاوية فتحامل الوليد لسلطانه فقال له الحسين : أقسم بالله لتصفني أو لأخذن سيفي ثم لأجلسن في مسجد رسول الله ﷺ ثم لأدعون بحلف الفضول وكان عبد الله ابن زيد حاضرا . وأنا أحلف لو دعا به لأجبت حتى ينصف من حقه أو نموت وبلغ السوء بن مخزومة الزهري فقال مثل ذلك وبلغ عبد الرحمن بن عبد الله التميمي فقال مثل ذلك فلما بلغ الوليد ذلك أنصف الحسين من نفسه حتى رضى » (الكامل في التاريخ لابن الاثير — بيروت سنة ١٩٦٥ ، ص ٤١ — ٤٢) .

تلك لمحات من تاريخ العرب والإسلام تنسب الفضل إلى أهله وتزكى الأساس في سهله فلم تكن البداية عند الإغريق بل عند العرب والمسلمين فهم الذين شقوا الطريق وهدوا السبيل . وفي قاموس لغة التجارة عندهم لقب « شاهيندر التجار » أو « ملك جماعة التجار » الذى ينظم شئون التجار ويفصل في منازعتهم . وقد نقل الصليبيون — من بين أفضال اسلامية كثيرة عادوا بها معهم — هذا النظام إلى أوروبا . وقد عرفت الدول الإسلامية مسميات أخرى للقنصل مثل « وزير » أو « رئيس دولة » كما كان في سومطرة ، أو شنج الميناء وهو لقب يدل على العلاقة بين المهمة القنصلية والشئون البحرية ، وتلك علاقة تبدو معقباتها اليوم في وجود عديد من القناصل في الموانئ البحرية .

« ولعلنا إذا أردنا شيئا أن نقيم الدليل على أن دافع التجارة كان هو الدافع الرئيس الذى حول الدبلوماسية القديمة (للهواة) غير المحترفين إلى إدارة وخدمة متخصصة ذات ابعاد وأهداف . ان الادارة الدبلوماسية المهنية والدبلوماسيين المحترفين كان فى الاصل جهازا تجاريا وكان للممثلين الدبلوماسيين البريطانيين فى الشرق الاقصى اختصاصات تجارية وقنصلية ولذا احتفظت منتظمات كشركة الشرق (الشركة الشرقية) على حسابها — إلى جانب تأييد الحكومة الأولى — بمبعوثين كان نصفهم من الرسميين (قناصل) والنصف الآخر من التجار ولم يكن هؤلاء التجار يعلمون هل هم خاضعون على وجه التحقيق لمنتظماتهم التجارية أو إلى الحكومة البريطانية » (السفير احمد عبد الحميد — قناصل الدول ، دار المعارف سنة ١٩٧٧ ، ص ٦٠) .

على أن النظام القنصلى لم يبدأ دورته الحقيقية فى فلك القانون الدولى العام الا بعد المعاهدة التى ابرمها الخليفة العثمانى سليمان مع فرنسا الأول سنة ١٣٩٥ ، فقد احتوت تلك المعاهدة على نصوص تمنح بعض الامتيازات للتجار الفرنسيين فكانت هى البذرة التى تخلق منها النظام القنصلى المعاصر .

وإذا تتبعنا النظام القنصلى بعد تلك المعاهدة نجد أنه سلك مسلكا فى الشرق

غير مسلكه في الغرب، ومزاج ذلك هو ما طرأ على الدولة في الشرق من
اضطراب، مقابل القوة التي قد أدت تشتت في الدول الغربية، ولذلك انتهى إلى الشرق
إلى ما عرف بنظام الأمتيازات، التي عانت منه كثير من دول الشرق، ومن بينها
مصر، بل أن تعسكت من التطهير من زبقة من حياثير راجت تجاري الغرب في
تنظيمه القنصلية، أما في الغرب فقد تمسكت الدولة التزام البطون، فكان أمر
تعيين القناصل يدهلج معنا قرابة صلوبة مضالحها، ومصالحها على أهل في التطوير،
وقد انتهى هذا التطوير إلى التطور في المعرفة النوعية بالنظام القنصلي، الذي است

والقناصل نوعان : قناصل موظفون — اى موظفون لدى الدولة التي يرثون بمصلحتها وقناصل فخريون ويترأسهم بيارشون فيما بينهم القنصلية إضافة إلى قناصلهم الإقليمى الذى يستكسبون له منهم معيشتهم ، فقلوب يكونون بالقنصل الفخرى تاجر أو مهنيًا مثلاً .

ولما كانت العلاقات التي بينهم بها القناصل للدولة هي العلاقات الامتصاصية ، ولما كان نشاط القناصل يدور حول محورين اثنين نفاذ القنصل لسلطاته سمعون الحصريين لا يستمع بالصفة التيلية العامة للدولة التي يستهدف على مصالحها . ويرجع هذا امر تعيين القنصل وقبوله إلى السلطات التنفيذية في كل بلد .

هذا إلى الأصل والاقامة . وقد اختلفت هذه الامور .

هذا يستمع اغنياء من الاعضاء العامة

تعارض مع قيامه بواجباته القنصلية. والفصل سبعة عشر من قانون سويسرا
من بينهم أفراد أسرته وكذا باق موظفي القنصلية في حاله ان كان له من
النفقة له ذلك حاله لم يشك في ذلك في حاله ان كان له من النفقة
ويثبت قبول الفصل بخطاب يسمى براءة Exequatur
Department « الخارجية » في حاله ان كان له من النفقة « الخارجية »

والحق أنه على الرغم من أهمية النظام القنصلى وانتشاره إلا أنه لمّا أصبح
خفاً محوكة أو واجبا يفرضه القانون الدولى لا يتفق مع ما نلسمه
اليوم من تزايد الترابط الاقتصادى والصناعى بين الأمم
والصناعة العالمية التى لا تقبل الانقسام والتفكك

النظام القنصلى فى النظرية الإسلامية : مولد النور :

قلت إن النظام القنصلى ارتبط بالتجارة فكان عذيقها الذى ترسم وحاطبها الذى تتجشم . وللتجارة فى الإسلام اماره أى اماره ومن أجلها حفظ الله أم القرى « لايلاف قريش ايلافهم رحله الشتاء والصيف » . وكان رسول الهداية تاجرا فى البدايه وعنه ﷺ إنه قال « تسعة أعشار الرزق فى التجارة » . وكرم الله اللفظه فى قوله عز وجل « هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم » . فتجارة المال فى الإسلام منجاة من عسف الشتاء وتجارة العبادة منجاة من عذاب النار .

وقد حرص الرسول ﷺ ، على أن يتخذ من المبادرات الشخصية مآكان بمثابة دفعة قوية تهىء للتجارة مناخ الازدهار حتى ولو اقتضى ذلك تضحية بشئ من دخل الدولة . فهو الذى ألغى الرسوم فيما بين مختلف رقاك كورته ، وكم من معاهدة ابرمها مع قبائل نصت على هذا الامر . وقد أقر الرسول ﷺ حلف المطيين الذى قام على توزيع خدمات الحجاج — من سقاية ورفادة ولواء وندوة بين القبائل . واليه أشار الرسول فى حديثه الشريف « ماكان من حلف فى الجاهلية فإن الإسلام لم يزد إلا شدة » مادام أنه معاهدة على الخير وتأمين لراحة الحجيج . واليه ايضا تشير الآية الكريمة « أجعلتم سقاية الحاج وعمارة المسجد الحرام كمن آمن بالله واليوم الآخر لا يستوون عند الله » (التوبة / ١٩) . فالآية تقر برفعة شأن الحلف بيد أنها رفعة لا ترقى إلى مستوى الإيمان بالله واليوم الآخر ولا يمكن لجاحد أن ينكر أن اللغة العربية قد لقحت لغات الغرب بألفاظ هامة وكثيرة فى شئونها التجارة مثل لفظة « تعرفه » Tariff ولفظة « ديوان » Department .

ويحكى المسعودى انه زار الهند فى العقد الأول من القرن الرابع الهجرى فوجد أن قرابة عشرة آلاف مسلم قدموا من عمان والبصرة وبغداد ومناطق اخرى وأقاموا هناك وكان من بينهم تجار أثرياء مثل موسى بن اسحاق والسندلوى الذى كان بمثابة قاض المسلمين ويلقب باسم Huhermah ، ذلك

أن ملك الهند كان يبين أكثر المسلمين تميزا كرئيس لجماعة المسلمين ويفوضه في شئونهم وكانوا يطلقون لقب بيصر (وجمعه يياصره) على المسلمين الذين ولدوا في الهند . ويبدو أن هذا الوضع كان قائما في دول أخرى مثل الخزر وسريولان وغانه وكوغه . فقد كانت المجموعة الإسلامية في كل من تلك البلاد تحتكم إلى رؤساء من المسلمين .

ويؤكد الكاتب البرتغالي بارجاروزا Barbogrosa أن الأجانب من المسلمين في كلكتا كان لهم قاض من ديانتهم وأنه كان يوجد هناك قنصل مصرى باسم شاه مصرى (انظر مقالة The Shahbandar in the Eastern Seas, is Jras, London, 1920, pp. 517-33)

وتروى الآثار بأن المسلمين كان لهم في خانفو — ملتقى النشاط التجارى وقتئذ — قاض للفصل في منازعات المسلمين ، وتلك كانت رغبة ملك الصين . وكان ذلك القاضى هو الذى يقوم في الأعياد بمراسم الصلاة بما في ذلك القاء الخطبة والدعاء لسلطان المسلمين .

وقد يستفاد من بعض كتابات محمد بن الحسن الشيبانى أن البضاعة التى يتجر فيها القصر والنسوة تعفى من الرسوم الجمركية في دار الإسلام .

وإذا كانت التجارة عرضا من عروض الدنيا وركيزة من ركائز عمارها فإنها إنما تدخل بذلك اساسا في شئون الدنيا وعندئذ فإن تنظيمها وترتيب شئون ازدهارها إنما يخضع اصلا للتوجيه النبوى الكريم « انتم اعلم بشئون دنياكم » . اننى لا اقصد بهذا أن اجرد التجارة كلية من القواعد التى استنها لها القرآن الكريم والحديث الشريف ولكن هذه أحكام تتعلق بما ينجز به ومع من يكون الاتجار . أما الإجراءات التى تتبع لوضع المبادئ الإسلامية موضع التنفيذ والوسائط التى يتم بها تحقيق ماتستهدفه تلك المبادئ على الصعيد الدولى فذلك كله من شئون الدنيا التى يرجع تقديرها للناس فهم الذين يقررون ماهو مناسب لمعايشهم ويتعارفون على ماهو ملائم لمصالحهم وذلك هو المعيار والمبرر والحكم المقرر . ومن ثم فإن تنظيمه بما يحقق الصالح العام يدخل ضمن مايقوم

به الإمام من حقوق الأمة ، فهو سياسة شرعية . والقاعدة العامة في التجارة حتى الرضا والبعد عن الغضب والافتراء « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

واحب هنا — حتى لا أترك للمتطعين مجالا — ان اقول اننى اقصد بالتجارة معناها الإسلامى الصحيح فى حدود اطارها الشرعى الملىح .

فاذا كان الامر على ما قدمت فإن النظام القنصلى — بوصفه أداة تركية التجارة الدولية التى من اجلها حمى الله البيت العتيق يكون من شئون الدنيا التى يترك تنظيمها لما يراه الناس — بحسب علمهم — محققا لصوالحهم .

رب سائل يسأل عن السبب الذى من أجله بنيت السند الشرعى للنظام القنصلى على أساس يختلف عن الأساس الذى بنيت عليه نظام الحضرتين . والجواب عندى هو أن المصلحة الدنيوية فى النظام القنصلى تكاد تكون هى الغاية بمعنى أن حق العباد فيها غالب فى حين أن المصلحة الدنيوية تتواكب مع المصلحة الدينية فى نظام الحضرتين حيث تتعادل فيما اعتقد حقوق العباد ومقتضيات العبادة . وتوضيح ذلك أن للدولة الإسلامية — شأن الدولة عموما — غايات هى السبب فى قيامها *Raison d'être* ، وغايات الدولة الإسلامية غايات دينية ودنيوية معا ويسهر عليها — فى العلاقات الدولية — ممثلو الحضرتين وأعاونهم من شحنة وموظفين . أما القناصل فيسهرون على بعض تلك الغايات فحسب وهى المصالح التجارية — ومن ثم فإنهم سدنة لجانب من الغايات الدنيوية للدولة الإسلامية . بيد ان هذا لا يعنى ان هناك انفصاما بين النظامين بل العكس هو الصحيح ، فكلما النظامين مسئول عن تدعيم العلاقات الدولية غير أن أحدهما يتحمل المسئولية الشاملة والآخر يتحمل جانباً من تلك المسئولية . ولذا أرى أننى يمكن أن أعبر عن هذه العلاقة التى تركبها النظرية الإسلامية بنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من وفاق فينا التى تنص على أن قبول قيام علاقات دبلوماسية يفترض قبول قيام علاقات قنصلية كذلك . فإذا كان الأمر فى النظام القنصلى أنه شأن من شئون الدنيا التى يترك أمر ترتيبها للناس فإن ذلك يقتضى أن أحكام النظام القنصلى المعاصرة يمكن أن

تترف إلى النظرية الإسلامية وفي قول آخر فإن النظرية الإسلامية ترى في العلاقات القنصلية ماتراه النظرية المعاصرة . وأخذاً بذلك فإننى أستطيع أن أنقل إلى هنا ماتحتويه كتب الفقه الدولى فى شأن تعيين القنصل وقبوله وماله من امتيازات وحصانات ، وحصانة مكاتب وسجلات الدار القنصلية وماله من سلطات ووظائف وأسباب إنهاء الوظيفة القنصلية — وذلك بكل ماتحتويه من خلافات وآراء ليكون فصلا من فصول قانون السلام فى الإسلام . ولكنى لأريد أن أحشو هذا السفر بدراسة تفيض فيها كتب القانون الدولى لأن هـى الأساسى هو أن أوضح النظرية الإسلامية فيما تتميز به وتراه .

يبد أن هذا القول يحتاج إلى بعض الضوابط والروابط التى لابد أن تختلف فيها بعض تفاصيل النظرة الإسلامية عن تفاصيل النظرية المعاصرة . وهامك البيان .

١ — إن ما أسلفت من أن النظام القنصلى نظام يعالج شئوننا دنيوية لا يعنى أنه منفصل عن القاعدة العامة وهى أن كل نشاط حيوى يصدر عن الإنسان هو فى نظر الإسلام مظهر للعقيدة « وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون » وهذا هو المعنى الذى يؤكد الشاطبى بقوله إن « تصرفات المكلفين ترجع إلى معنى العبادة وإن كانت — أى التصرفات — متقسمة إلى عبادات ومعاملات » ، وإنما قصدت إلى أن النظرية الإسلامية فى حدود اصولها العامة تحيل فى تنظيم العلاقات القنصلية إلى ما يراه المسلمون على انه حسن ثم إن التعاون فى المجال الدولى وتبادل المنافع فى دائرة الخير الإنسانى العام وعلى قدم المساواة وتدعيما للحضارة الإنسانية واجب شرعى لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » ، والخطاب موجه إلى الناس كافة على اختلاف شعوبهم وقبائلهم . وفى الآية الكريمة أن (العمل الصالح) الذى هو مظهر للعنصر الاعتقادى وهو (التقوى) أو هو الوجه العملى لها هو دليل عليها وثمرة لها فكان سعيا للتفاضل والكرامة لأنه اساس العمران والحضارة والقوة بلا ريب . فلا فصل اذن بين عنصر الاعتقاد الدينى وبين العمل الديوى الحضارى كما

نرى — بل هو روحه فضلا عن ارسائه للأصل الإنساني العام في هذا التشريع » (فتحي الدرينى — خصائص التشريع الإسلامى فى السياسة والحكم ، بيروت ١٤٠٢ — ١٩٨٢ ، ص ٣٠٤ — ٤٠٥) . ولذا فإن النظرية الإسلامية — فيما تقبله من تنظيم قنصلى — لا تغفل مبدأ المنفعة حتى على مستوى الجماعة الدولية لان اساسها هو جلب المصالح ودرء الاضرار والمقاسد واقرارها المصلحة العامة ومقتضياتها فى شئون الحياة . ان لهذا القيد اهميته العملية فلو أن قنصل الدولة الإسلامية دعى مثلا لحضور عرض للازياء خاص بملابس الاستحمام العارية التى تلبسها العارضات اثناء العرض فإن القنصل لا يجوز له عندئذ أن يقبل هذه الدعوة على الرغم من أن غيره من قناصل الدول الاخرى تقبل مثل هذه الدعوة بل ولو كانت دولته تستورد مثل تلك الازياء .

٢ — ان التجارة التى تقرها الشريعة مجالا للنشاط القنصلى هى التجارة التى تسمح بها الشريعة الفراء فتجارة الخمر مثلا أو بيع الخنازير ليس مما يمكن أن يكون نشاطا مسموحا به للقنصل فى علاقات الدولة الإسلامية بدولة اخرى غير اسلامية كانت أم غير اسلامية . وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أباحت أن تقوم مثل هذه التجارة مع غير المسلمين فى علاقاتهم بعضهم بالبعض الآخر فإن هذا لا يعنى — فى رأى — ان يسمح به للقنصل حتى ولو كان غير مسلم لانه أنما ينطق باسم الدولة الإسلامية ويسهر على مصالحها . كما لا يقبل أن يرعى مصالح رعاياها من غير المسلمين التى تتعلق بتجارة يحرمها الإسلام إذا كان أحد اطرافها مسلما لأن هذا مؤداه أن قوة الدولة الإسلامية تسخر لدعم علاقات يسمى للإسلام انتشارها أو بقاءها ويتغافل عنها استثناء من قبيل التسامح . وهذا قيد أراه على المهمة القنصلية فى النظرية الإسلامية ليس له مقابل فى النظرية الغربية وسندى فيه هو ما قدمت من أن المهمة القنصلية وإن كانت مهمة دينوية فى غالبا إلا أنها محكومة فى اطارها العام بالمحظورات والزواجر الإيمانية .

وهكذا فإن القنصل الذى يمثل دولة اسلامية ليس له فى نصح المواطنين ومساعدتهم وحماية مصالحهم أن يتطرق إلى هذه المجالات المحرمة :

٣ — تسمح الاعراف القنصلية الجارية للقنصل بأن يرفع شعار دولته وبعض الشعارات قد تحمل علامات واشارات ذات مفهوم يناقض الإسلام — كالصليب مثلاً — لا سيما وأن الصليب يشير إلى واقعة كذبها القرآن « وما قتلوه وما صلبوه ولكن شبه لهم » (النساء/١٥٧) ولذا فإن الرأى عندى هو عدم السماح للقناصل بان يرفعوا شعارا فيه من الرموز مالا تقبله النظرية الإسلامية لان هذا من قبيل الاذن لغير المسلمين بالدعوة العامة فى دار الإسلام لمفاهيمهم الالحادية التى ينقضها الإسلام ، وجمهور الفقهاء المسلمين على عدم جواز ذلك . انبأ لا نستطيع أن نتكلم هنا عن المعاملة بالمثل لأنى لا أحرم رفع الشعار — من حيث المبدأ — ولكنى أحرم رفع لشعار لما فيه من اثم . ولا يمكن أن تقف الدولة الإسلامية مثل هذا الموقف لان العقيدة الإسلامية خالية من الرموز والاشارات وتبعا فلا يمكن أن نتصور شعارات لدولة اسلامية فيه مالا تقبله عقائد الدول غير الإسلامية — لاسيما الدول الكتائية . وإذا أردنا أن نبدى بعضا من التسامح ، فإننى أرى — على مضض — جواز السماح برفع مثل ذلك الشعار فى مكان غير ظاهر وبطريقة لا تلفت النظر .

٤ — تقوم القاعدة الفقهية الإسلامية على أن بيت المال لى من لا ولى له ومن ثم فإن وكالة القنصل — فيما أرى — عن المواطن إذا غاب وتمثيله لمصالح الورثة غير المقيمين فى دولة الاعتماد هى وكالة قانونية لا يحتاج فيها إلى اذن من المواطن أو الورثة . ان هذا التفويض القانونى للقنصل الذى لا أرى خلافا حوله فى النظرية الإسلامية ليس هو الامر المسلم به فى النظرية المعاصرة فهناك النظرية الامريكية التى تتفق مع النظرية الإسلامية فى ذلك ، وهناك النظرية الفرنسية التى ترى أن كل ما للقنصل هو ان يقدم للمحكمة اقتراحات وتوضيحات تنير العدالة وان يطلب تعيين مدافع يحمى مصالح الغائب وكذلك فإن حكم النظرية الإسلامية واضح فى حالة ما إذا توفى شخص دون أن يخلف

ورثة ، فللقنصل ان يتدخل على اساس افتراضى وهو مايسمى بالورثة المزعومين اى عندما لا يكون قد ظهر للمتوفى ورثة بعد الا ان احتمال ظهور ورثة له يعطى للقنصل الحق فى التدخل لحماية مصالح هؤلاء الورثة المجهولين ، ذلك أنه عند عدم ظهور هؤلاء الورثة بصفة نهائية فإن حمايته يفيد منها بيت المال الذى هو — كما قدمت — وارث من لا وارث له . والوضوح الذى تتسم به النظرية الإسلامية فى هذا الخصوص لا يجاريه وضوح مماثل فى النظرية المعاصرة لأن فى النظرية الأخيرة رأى يشترط أن يثبت القنصل الوجود الفعلى لورثة من رعايا دولة الأصل حتى يحق له أن يتدخل فى شئون التركة .

أما الإجراءات التى يجوز للقنصل أن يتخذها لحماية أموال التركة فهى :

- ١ — الإجراءات التحفظية وفى هذا تتفق النظريتان الإسلامية والمعاصرة .
- ٢ — ادارة التركة إذا كان المالك أو الورثة غائبين وتسلمها إذا لم يوجد وارث معلوم . وفى هذا نجد خلافا فى الفقه المعاصر إذ هناك رأى يضى هذا الحق على القنصل ورأى آخر ينكره عليه . ولكن هذا الخلاف غير قائم فى النظرية الإسلامية .

يبد أن حق القنصل فى التدخل لا يعنى — سواء فى النظرية الإسلامية أم فى النظرية المعاصرة — حرمان الورثة من التدخل شخصيا أو بواسطة ممثل أو ممثلين لهم لأن تقدم الورثة لممارسة حقوقهم يسقط عن القنصل الحق فى التدخل ذلك أن تدنخل القنصل لم يتقرر إلا لحماية الورثة .

تلك لمحة خاطفة عن النظام القنصلى لايعيبها إلايجاز لأن النظام القنصلى لا يزال — حتى فى النظرية المعاصرة — من الموضوعات التى تفتقر إلى مزيد من الدراسة والتعمق . والنظام القنصلى — كما أسلفت — هو من مجالات التكامل بين النظريتين الإسلامية والمعاصرة .

الفصل الرابع فى الضمان والاستخلاف الدولى

المبحث الاول فى الضمان (المسئولية)

عجالة عن المسئولية فى الفقه الدولى الوضعى :

المسئولية فى القانون الدولى قد تكون مسئولية عادية (مدنية وادارية) وقد تكون مسئولية جنائية . بيد أن الذى يستهم هذه الدراسة هى المسئولية المدنية فحسب ذلك أن المسئولية الادارية هى من موضوعات التنظيم الدولى أما المسئولية الجنائية فمجال الكلام عنها هو الجريمة الدولية وهذه تخرج فى تفصيلها عن نطاق هذا السفر فضلا على أن المسئولية الجنائية لازالت من بين النقاط غامضة العلامات شاحبة الملامح .

ويقصد بالمسئولية المدنية — إن صح التعبير — الالتزام الذى يفرضه القانون الدولى على الشخص الدولى بحجب الضرر لصالح من كان ضحية تصرف أو امتناع . وصور المسئولية المدنية فى الفقه الدولى الوضعى أربعة :

١ — المسئولية الخطأية :

وهى تبنى على خطأ الشخص أى ثبوت توافر الخطأ فى قصد المسئول ، وفى قول آخر أن يكون المسئول قد قصد ارتكاب الخطأ عمدا . ويؤخذ على هذه النظرية — على الرغم من أنها لازالت هى صاحبة الغلبة فى الممارسة الدولية — أن الخطأ الشخصى عنصر يصعب تحريه ووضع ذهنى يتعذر الثبوت من توافره لاسيما فى العلاقات الدولية .

٢ — المسئولية الموضوعية :

وتقوم على الخطأ الموضوعى بمعنى أن يقاس الخطأ بمعيار موضوعى . ولعل أقرب معيار موضوعى هو المعيار الموضوعى الذى يزن الامور بميزان رب الاسرة حسن الادارة .

والراجع فى الفقه الدولى الموضوعى أن أحكام هذه المسئولية لا تغطى حالة اساءة استعمال الحق بدعى أنها لا تعتبر بمثابة انتهاك لالتزام فى رأى هذا الفقه .

ويذهب فريق من الفقهاء إلى أن الخطأ الموضوعى يغنى بذاته فى اقامة المسئولية بغض النظر عما إذا كان قد تحقق عنه ضرر أم لم يتحقق أى ان اصحاب هذه النظرية ينظرون إلى ضمان الدولة على أنه ضمان بالحرص والعناية وليس ضمانا بالأمن فإذا أتت الدولة تصرفا غير مشروع دون حرص وعناية كان ذلك مبررا لمسئوليتها ولا يدفع عنها المسئولية الا أن تثبت انها استخدمت كل مافى امكاناتها من قدرات المنع والوقاية .

٣ — الفعل غير المشروع :

وتكتفى فى التصرفات بأن يكون مخالفا للقانون ولا ضرورة لاشتراط أن يكون قد تم بطريق الخطأ أو الإهمال ، أى انها تأخذ بمسئولية تقوم على مجرد علاقة سببية بين نشاط الدولة غير المشروع وبين الضرر المتحقق . وتسأل الدولة عن الضرر مادام أن الفعل غير مشروع حتى ولو التزمت بالحرص طبقا للأنماط المطلوبة للحبطة . ولا ينفى هذه المسئولية الا أن تثبت الدولة أن الضرر يعود إلى فعل الغير أو الى قوة قاهرة .

٤ — نظرة المخاطر :

أى المسئولية المطلقة إذ تسأل الدولة هنا عن الضرر الذى يتسبب عن نشاطها حتى ولو كان الفعل مشروعا وراعت فيه الأنماط المطلوبة للحرص والحيطة أى أنه يكفى هنا مجرد اثبات علاقة سببية بين الفعل والضرر . ولذا إن

المسئولية طبقا لهذه النظرية تقع على عاتق المتسبب الأول اذ يجرى تتبع المسئول إلى أن نصل إلى الفاعل الاول ولذا يطلق عليها الغربيون مسمى مبدأ channelling وهو ما أعربه بمبدأ « العنينة » . والحق أن هذه النظرية لازالت تفتقر إلى ساق تقف عليها في الفقه الدولي وتطبيقاتها العملية قاصرة حتى الآن على النصوص الاتفاقية التي يقبل بمقتضاها الاطراف الأخذ بأحكام نظرية المخاطر ، ولعل مجالها الواقعي الآن هو النشاط الذري .

الضمان في النظرية الإسلامية : عرض عام :

يمكن أن نميز في الشريعة الإسلامية بين ثلاثة انواع من المسئولية : الدينية والاخلاقية والقانونية . وان القرآن ليذكر تلك الفئات مجتمعة في قوله تعالى : (ياايها الذين آمنوا لا تخونوا الله ورسوله وتخونوا اماناتكم وانتم تعلمون » (الانفال / ٢٧) . ولكن الذي يعنينا في هذه الدراسة هي المسئولية القانونية . وهنا نقرر أن الحقوق لا تشرع للاضرار بالناس ، انما شرعت لمصالح تتحقق بها أو تؤدي اليها ولذا كانت لكل حق شرعيته مادام غير مؤد إلى ضرر بغير صاحبه . فإذا أدى إلى ضرر أحد من الناس سلبت عنه شرعيته وأصبح التمسك به والتصرف بمقتضاه اعتداء ، وعلى هذا الاساس بنيت أحكام المسئولية في الإسلام .

ولكن الباحث في أحكام المسئولية في النظرية الإسلامية لا تكاد تقع عينه على مصطلح « المسئولية » في كتابات الفقهاء التقليديين ، فهم يستخدمون مقابل ذلك مصطلح « الضمان » ومشتقاته .

والضمان في اللغة يعنى الالتزام والتعهد والكفالة ودخول الشيء في شيء واحاطته به واشتقاقه من « الضمن » وليس من « أضم » لاختلافهما مادة ولغة ، إذ الضم قبض شيء إلى شيء وجمعهما (على الصافي — الضمان في الفقه الإسلامي ، نجف ، سنة ١٩٧٥ ، ص ٢٩ — ٣٠) .

ولم يزد لفظ الضمان في القرآن الكريم وإنما تردد في بعض الاحاديث

الشريفة فجاء في قسم منها بمعناه اللغوي كقوله ﷺ « من تطلب ولم يعلم منه طب فهو ضامن » وقوله « الخراج بالضمان » (الصافي — المرجع السابق ، ص ٣٣) . وجاء في قسم آخر بمفهومه الفقهي ومن ذلك قوله ﷺ :
١ — روى العمان بن بشير أن الرسول قال « من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت يده أو برجل فهو ضامن » .

٢ — روى أنس ان بعض أزواج النبي أهدي إليهما طعاما في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فأتلقت ما فيها فقال الرسول : طعام بطعام وأناء بأناء .

استند الفقهاء في التدليل على شرعية الضمان بهذه الأحاديث وبأحاديث أخرى كقوله ﷺ « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا أو لاعبا وإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليردها عليه . هذا فضلا على أن الضمان وسيلة من وسائل حفظ المال وصيانة الحقوق . ومن المبادئ الإسلامية المستقرة انه لا ضرر ولا ضرار .

والفرق بين الضرر والضرار هو أن الضرر فعل الشخص الواحد والضرار فعل الاثنين فأكثر . وقيل الضرر هو أن تضر من غير أن تنفع والضرار أن تضر وتنفع انت به وقيل الضرار الجزاء على الضرر فالضرر يكون اعتداء والضرار جزاء له . .

ويستعمل أكثر الفقهاء كلمتي « الضمان » و « الكفالة » على انهما كلمتان مترادفتان يراد بهما ما يعم ضمان المال وضمان النفس . كما يستعملون لفظ « الضمان » فيما هو من ذلك وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد (أى باعتداء) . غير أن الضمان عند الشيعة الامامية ينصرف إلى ضمان المال فحسب أما الكفالة فهي ضمان النفس عندهم .

وحرى بالذكر أن لفظ « الكفالة » قد ورد في القرآن الكريم كقوله تعالى « وكفلها زكريا كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا » (آل

عمران / ٣٧) . ولعل ورود لفظ « الكفالة » في الكتاب الكريم بمفهوم يغلب عليه التعهد بالنفس هو الذى زكى عند بعض الفقهاء التفرقة بين الضمان والكفالة واختصاص الكفالة بضمان النفس .

والضمان فى المفهوم الفقهى الأعم هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل ، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أدائه شرعا عند تحقق شرط أدائه سواء أكان مطلوبا أدائه فى الحال كالدين الحال أم فى الاستقبال كالدين المؤجل إلى وقت معين .

وقد عرف بعض الفقهاء « الضمان » بأنه واجب رد الشيء أو بدله عند تلفه (على الخفيف — الضمان فى الفقه الإسلامى ، معهد البحوث العربية ، القاهرة ، ص ٥ — ٦) .

والضمان بالمعنى الذى اسلفت أوسع من مدرك المسؤولية فى الفقه الرضى لان الضمان هو شغل الذمة بما قد يطلب الوفاء به إن تحقق شرط طلبه فإذا لم يتحقق الشرط فإنه لا يطلب ، ومن ثم فهو أعم من الدين لأن الضمان لا يستتبع حتما مطالبة الضامن بما يشغل ذمته وإنما يستتبع المطالبة فقط عندما يتحقق شرط وجوب الاداء . فالمرتهن مثلا يعد ضامنا للعين عند الحنفية ولكنه لا يطالب مادام الرهن فى يده ولذا يقولون إن كل مدين ضامن وليس كل ضامن مدينا . كذلك فإن اصطلاح « الضمان » أقرب فى التعبير عن الناحية المالية — من اصطلاح « المسؤولية » لما يبرز فى لفظة « المسؤولية » من معنى الجزاء . ولعل هذا هو الذى دفع فريقا من الفقهاء إلى التفرقة بين ضمان الفعل (الذى يرتب الجزاء) وبين ضمان العقد (الذى يرتب الالتزام) كما أوضح فيما يلى . (الصافى — المرجع السابق ، ص ١٤) .

ولابد لكى تقوم المسؤولية فى النظرية الإسلامية من أن يكون المسئول قد علم مسبقا بأحكام المسؤولية وما كنا معذيين حتى نبعث رسولا (الاسراء / ١٥) . ويقول الرسول ﷺ « رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المبتلى (المجنون) حتى يبرأ ، وعن الصبي حتى يكبر

(يحتلم) « ويدور أن المقصود بالعلم هنا العلم الجماعى لا العلم الفردى لان الفقه يقر بصيغة تقول «لاعذر لاحد بالجهل فى دار الإسلام » ، ولعل الحكمة التى يقوم عليها هذا المبدأ هى أن الشريعة الإسلامية قد ذاع أمرها وأصبح فى إمكان المرء أن يعلم بأحكامها . بيد أننى أرى أن تطبيق هذا المبدأ على عموميتة يحتاج إلى شيء من التحديد لأن ما ذاع وانتشر هو عن المفاهيم العامة أما تفاصيل الاجتهاد الفقهي فأمر يتطلب علما خاصا لا يتوفر للعامة ولا يسهل أن يتعرفوا عليه ولذا فإنى أرى أن ما يقوم به « الضمان » على الرغم من الجهل بالاحكام هو ما يتعلق بالاساسيات أما التفاصيل فالضمان لا يتوفر بها إذا كانت قاصرة فى ذهن الضامن لحظة العمل . ومن ثم فإن ترك مأمورا أو اتى فعلا فيه اتلاف فانه يضمن ولا يقبل منه الدفع بعذر الجهل لان المأمور والاتلاف من الرئيسات فى الاحكام .

كذلك يجب أن يكون اراديا أى أن يصدر العمل عن المسئول باراداته ولذا يستبعد الفقهاء العمل اللا إرادى من مجال المسئولية .

اسباب الضمان :

اختلفت مناحى الفقهاء فى بيان اسباب الضمان ولم يظفر منهم هذا الموضوع ببحث مستقل ولذا تباينت عباراتهم وتعددت مصطلحاتهم عند الكلام على اسباب الضمان فهم يذكرون مثلا الزام الشارع ، والعقد ، والأعتداء ، والاتلاف ، والغصب ، والتفويت ، والتعيب ، والتغير ، واليد ، والشرط ، والخلولة بين المال وصاحبه ، والغرور ، والتسبيب .

والحق أن هذه التسميات انما تتداخل معانيها وتشابك مدلولاتها . ولكن نظرة فاحصة فيها تبتئى إلى أن بعضها يصلح أن يكون سببا عاما وبعضها الآخر يصلح أن يكون ضوابط لذلك السبب . ولعل خلاف الفقهاء هنا يرجع أساسا إلى اختلافهم فى فهم الدليل الواحد وكيفية الاستدلال به ، الأمر الذى ساعد عليه أن الشارع لم يحدد بعض المفاهيم وانما ترك ذلك للعرف والتطبيق .

وتلك حقيقة يشهد عليها أكثر من دليل فيما يلي من عرض . وأمثلة لها الآن
بمثل يعين على توضيح ما أقول :

إذا نزع شخص بثرا مملوكة لآخر حتى ييسر لا يكون ضامنا عند من
يرى أن مالك البئر لا يملك ماءه ويكون ضامنا عند من يرى أن صاحب البئر
يملك الماء .

ولذا فإنى أرى أن تبسيط العرض وحسن توضيحه يقتضى أن نتقّى من بين
الاسباب المتعددة التي وردت على لسان الفقهاء ما يصلح حقا أن يكون سببا
جوهريا ثم نجمع تحت كل تصور ضوابطه .

أقسام الضمان :

يمكن أن نقسم الضمان — من حيث تحققه — إلى قسمين رئيسين :

١ — ضمان العقد أو الانشاء .

٢ — ضمان الفعل .

٣ — ويضيف الفقهاء قسما ثالثا هو اليد ، ذلك أن اليد — أى الحيازة —
قد تكون يد أمانة لا توجب على صاحبها الضمان ، وقد تكون يد ضمان
توجب الضمان عند تلف المال المحتاز أو نقصه . ويعرف بعض الحنابلة يد
الامانة بأنها ما كانت عن ولاية شرعية ولم تكن لصاحبها مصلحة خاصة أما إذا
كانت لمصلحة صاحبها خاصة كيد المستعير فإنها تكون يد ضمان (كشف
القناع ، ج ٢ ، ص ٣٣٦) . ويلاحظ على هذا التعريف ان يد الامانة قد
تكون أحيانا لمصلحة صاحبها كيد البائع بعد أداء الثمن ولذا يفضل البعض
تعريف يد الامانة بأنها ما كانت عن ولاية شرعية ولم يدل دليل على ضمان
صاحبها وماعداها يد ضمان . ويرى اخرون أن اليد الضامنة هى اليد العادية أو
غير المأذونة أو المأذونة من غير ائتمان (الصافى — المرجع السابق ، ص
٣٦٨) .

ولما كانت اليد في نظري هي من ضوابط الضمان وليست من أسبابه فإني اقتصر في العرض على ضمانى العقد والفعل .

ويحلو لى هنا أن اضيف أن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في اسلوبهم في التعبير عن الضمان عن اسلوب الفقهاء الوضعيين . ذلك أن فقهاء المسلمين يعبرون عن الاخلال بأحكام النظرية الإسلامية باصطلاح « المخالفة » أو ما في معناه ثم يتبعونه بما يصفها من أنها مخالفة قانونية أو اخلاقية أو ما إلى ذلك ، أما الوضعيون فيغفلون المسؤولية الادبية ويقسمون المسؤولية إلى مدنية وادارية وجنائية . بيد أن هذا خلاف في المبنى وليس خلافا في الجوهر والمعنى :

الفرق بين ضمان العقد و ضمان الفعل :

ضمان العقد مايتوقف وجوده على تحقق عقد (داخلى أو دولى) او انشاء . أما ضمان الفعل فهو مايتوقف على فعل خارجى كغصب مال الغير أو اتلافه .

والفرق بين ضمان العقد و ضمان الفعل :

- ١ — ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله و ضمان الفعل مرده المثل أو القيمة (الاشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٢٧٧) .
- ٢ — يحتاج ضمان العقد في تحققه إلى انشاء ، أما ضمان الفعل فيقوم على فعل لا على انشاء .
- ٣ — ضمان العقد قد يكون ذا ثلاثة أركان أو أربعة أركان . فإن كان عقدا أصليا فأركانه ثلاثة هي مضمون ومضمون له وضامن . وإن كان عقدا تبعا فأركانه أربعة هي — إلى جانب الاركان الثلاثة — ركن المضمون عنه كعقد الضمان حيث يضمن الضامن دين غيره .
- أما ضمان الفعل فينحصر في ثلاثى الاركان .
- ٤ — يقوم ضمان العقد على الرضا والاتفاق الذى تضمنه العقد بقصد منفعة المتعاقدين حسب رغبتهما ولذا يسقط فيه اعتبار التفاوت بين البدلين لانه يرد على العين دون أوصافها .

اما ضمان الفعل فتراعى فيه أوصاف الثالف عند التقدير ولذا تجب فيه مراعاة المساواة في القيمة ولا تجوز فيه زيادة أحد البديلين على الآخر ويجبر فيه من يأى المساواة على البذل على قبوله ، فهو يرد على العين وعلى أوصافها .

١ — ضمان العقد (المسؤولية العقدية) :

تنقسم العقود — داخلية كانت أم دولية — فى حكم الضمان إلى قسمين :
أ — عقود شرعت لافادة الضمان ، فالضمان حكم لها وأثر كعقد الكفالة .

ب — عقود شرعت لافادة حكم آخر غير الضمان ، ولكن الضمان يترتب عليه أثرا لارما لحكمه كعقد البيع ، أو اثرا لاشتراط شرط صحيح فيها أو لاشتراط فرضه العرف .

وقد حدد الفقهاء العقود الاصلية التى يترتب عليها الضمان فى البيع والاجارة والنكاح والطلاق بعوض والخلع والصلة والكفالة (والعارية عند الشافعية والحنابلة) . واتفقوا على أن كل عقد يجب الضمان فى صحيحه يجب الضمان فى فاسده ، كما أن كل عقد لا يجب الضمان فى صحيحه لا يجب الضمان فى فاسده . ولكنى أرى أن عموم أدلة الضمان بالعقد أو بالشرط كاف فى صحة الاخذ بالضمان حتى فيما لم يسم من عقود . وفى قول آخر فإن الضمان عندى يصح — من حيث المبدأ — فى العقود غير المسماة كما يصح فى العقود المسماة .

وما يضمن ضمان العقد هو مانص عليه فى صلب العقد (الاشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٢٧٧) . فإن كان الضمان متعلقا بمال فإن الذمة تشغل به ، كما فى ضمان الدين . والمال فى رأى الذى اعتمده هو « ما رغب فيه العقلان وتنافسوا عليه » (الصافى — المرجع السابق ، ص ٣٦٩) ، وقد تكون ماليته ذاتية كما فى ذات الطعام ، أو مجعولة كما فى اعتبار الدولة قيمة لنقودها . وينصرف تعبير المال هنا إلى الاعيان والمنافع .

أما إذا كان متعلقا بعمل كما في التزام الاجير بالعمل وامتنع الملتزم عن الوفاء به فإنه يجبر عليه ولا يرى الفقهاء هنا أن الضمان يعد تعويضا لان الضرر لا يتمثل في مال كان قائما . فإن ترتب على الامتناع تلف للمال وكان العمل وقاية للمال لزم الصامن التعويض بآداء قيمة ماتلف . ولكن الضمان هنا ضمان اتلاف بسبب امتناع الملتزم عما التزم به امتناعا كان فيه متعديا ، وليس ضمان عقد .

ويطيب لي ان انبه إلى أن ضمان العقد في النظرية الإسلامية يختلف عن المسؤولية في القانون الوضعي ، ذلك ان ضمان العقد هو ضمان مال تلف ، بناء على عقد اقتضى الضمان . أما المسؤولية العقدية فهي تعويض عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه ويكون ذلك بالتنفيذ عينا ان امكن او نقدا ان تعذر التنفيذ العيني . أما النظرية الإسلامية فلا تبيح الزام الممتنع عن التنفيذ بمال على وجه التعويض عما أحدثه من ضرر لا يتمثل في فقد ماله لان القاعدة الشرعية هي عدم جواز أخذ المال الا تبرعا أو في مقابلة مال أخذ وأتلف ، والا كان أكلا للمال بالباطل ولم يستثن الفقهاء من ذلك الا الاجارة نظرا للضرورة وماتقتضيه المصلحة العامة .

وهكذا فإن النظرية الإسلامية ترى في ضمان العقد غير مايراه الفقه الوضعي في المسؤولية العقدية ولا ترتب التعويض على الضرر الادبي .

ولا يفوتني هنا ان اوضح ان نظرتي في المعاهدة — كتشريع دولي — تجعلني لا أقر بتطبيق أحكام ضمان العقد على المعاهدة لان المعاهدة ليست عقدا بالمعنى الفني للعقد — كما أوضحت من قبل — ومن ثم فإن مخالفة المعاهدة هي مخالفة لاحكام التشريع الدولي وتندرج عندى في النظرية الإسلامية تحت الزام الشارع .

أما ضمان العقد في النظرية الإسلامية فيطبق على العقود الدولية التي تبرمها الدول لتحقيق مصالح متقابلة يقف طرفاها كصاحب حق مقابل حامل التزام ،

ومثال ذلك عقد القرض الدولى الذى تبرمه دولتان تفرض احدهما بمقتضاء
للأخرى مبلغا من المال مثلا .

٢ - ضمان الفعل (المسئولية التقصيرية) :

لضمان الفعل وجهان رئيسان : الزام الشارع بضمان ، والفعل الضار —
واتناول كلا بكلمة موجزة ذلك اننى اسعى من وراء الكلام عن الضمان إلى
بيان الأحكام العامة فحسب أما التفاصيل فى أن أحيل فيها لمن عالجها من الفقهاء
باسهاب .

أ - الزام الشارع بنص :

اى يكون هناك نص يترتب الضمان وينظم أحكامه مثل ضمان مايجب من
النفقات بوجه عام أو ضمان قيمة صيد الحرم عند الاعتداء .

فإذا حدد الشارع قدر هذا الضمان ، فإنه يكون صورة من صور الضمان
التي تخرج عن دراستنا هنا إذ هو من قبيل العقوبة التي لا تختلف باختلاف من
أصابه الضرر ولا باختلاف الاثر المترتب على الضرر . وفلسفة ذلك أن الناس
جميعا متساوون فى حق الحياة ومن ثم فان من يعتدى على هذا الحق يكون
ضامنا قبل المعتدى عليه ويكون ضمانه واحدا من حيث التقدير — أيا كان
شخص المعتدى عليه وأيا كانت معقبات الاعتداء على المضرور .

صحيح أن الضمان حكم ولا حكم الا للشارع ومن ثم فإن اسباب
الضمان جميعا انما تعود إلى أمر الشارع . غير اننا فى تصنيف الضمان نفرق بين
الزام الشارع المباشر الذى ينصب على الملتزم به ابتداء وبين الالتزام الذى
يترتب على سبب وعندئذ يضاف الضمان إلى هذا السبب ويكون هو موجه
وان كان مرده فى النهاية إلى الزام الشارع (على الخفيف — المرجع السابق ،
ص ١٤) .

١٠ - الفعل الضار :

ويراد به كل فعل حسي يترتب عليه ضرر سواء ترتب بالطريق المباشر أم بطريق التسبب أى سواء كان الضرر نتيجة مباشرة أم نتيجة غير مباشرة . ويكون بطريق مباشر إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر كأن يعمد انسان إلى اثناء لغيره فيكسره .

ويكون بطريق التسبب إذ فصل بينه وبين الضرر فعل آخر أدى اليه دون أن يمنع نسبة الضرر اليه ، كما إذا حفر انسان حفرة في طريق عام سار فيه حيوان فتردى فيها فتلف (الخفيف - المرجع السابق ، ص ٤٠) .

أما إذا نقصت قيمة العين المخصوصة بسبب تغير الاسعار فإن الغاصب لا يضمن النقص إذا رد العين بعد ذلك لان النقص لم يكن نتيجة مباشرة ولا نتيجة بطريق التسبب للغصب .

والقاعدة أن الشخص يضمن ما يترتب على نقله وتركه أو عدم حيطته من ضرر سواء كان الفعل محل المسؤولية عمدا أم خطأ، والعمد في أموال الناس سواء ، أى أن الضرر يوجب الضمان سواء كان العمد بشبهة أم بغير شبهة . بيد أنهم يميزون في العمد بشبهة نوعين من التفسير الموسوغ هما : « التأويل القريب » وهذا يدفع المسؤولية ويعذر المسئول ، والآخر هو « التأويل البعيد » وهذا يقيم المسؤولية ويدان المسئول . والعمد بالتأويل هو الذى ينصب على قيمة النشاط ومغزاه وليس على موضوعه ولذا فهو ليس خطأ بالمعنى الفنى للفظ وإنما هو قريب من الخطأ .

وحرى بالذكر ان من الفقهاء من ينتقد هذا المسلك الذى يقيم المسؤولية على الضرر فحسب ويأخذ عليه تغاليه فى الاخذ بالمفهوم الموضوعى للمسؤولية . ولعل هذه النظرة التى تصبح فيها الذات وحدة حسابية هى الأكثر اتفاقا مع حاجات الجماعة الدولية المعاصرة لاننا لا نحكم فيها على السلوك الدولى تبعا

لضمير الدول وإنما تبعا للمعيار الغالب ، اى كما نقول الآن بمعيار « رب الاسرة حسن الادارة » .

واستطيع على هدى مما سلف ان اقول ان عناصر المسؤولية هي :
١ — الفعل . ٢ — الضرر . ٣ — علاقة سببية بين الفعل والضرر .
وأتناول كلا من هذه العناصر واحدا بعد الآخر .

أ — الفعل :

يجب في القعل المباشر أو غير المباشر الموجب للمسؤولية أن يكون :

١ — حسيا فإن كان فعلا نفسيا فلا ضمان بسببه فاذا رأى شخص نارا تحرق مالا لغيره وكان فى قدرته اطفائها ولم يفعل فلا ضمان عليه ذلك أن الصلة بين فعل الممتنع والضرر ليست مباشرة ولا هى عن طريق التسيب لأن التسيب انما يتحقق إذا نتج التلف عن فعل سابق على الضرر ، والامتناع لم يؤد هنا إلى فعل كان من نتيجته التلف .

إن هذا الشرط يثير خلافا بين الفقهاء بالنسبة للتصرف السلبي اى حيث يتحقق الاتلاف نتيجة ترك فعل لو أنه حدث ماكان هناك اتلاف . فقد قدمت فى المثل السابق ان الفاعل لا يضمن فى حالة الترك . وهذا هو رأى الحنفية لان مناط الضمان هو الاتلاف وذلك انما يتحقق بفعل ما يترتب عليه التلف ولا يكون ذلك الا بفعل وجودى — اى ايجابى — أما العدم فلا يصلح تلفا ولذا لا يترتب عليه الضمان . أما المالكية فيرون ان التارك يضمن اذا كان الترك تركا لواجب شرعى (الفروق للقرافى ، ج ٢ ، ص ٢٠٥ ومابعدها) ..
وانى استلمح رأى المالكية .

٢ — غير مشروع لان الله سبحانه وتعالى شرع للناس مافيه صلاحهم وقوام أمرهم يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم امرهم والاغلال التى كانت فى اعناقهم .

ولا يلزم أن يكون الفعل المشروع خطأً بل يجوز أن يكون خطأً وألا يكون خطأً . والخطأ هو إخلال بواجب سابق صدر عن تمييز وإدراك أو هو انحراف عمدى السلوك . واذن فالنظرية الإسلامية تدرج المسؤولية الخطأية ضمن الضمان عموماً ولا تستلزم في الفعل غير المشروع أن يكون عن خطأ ، وهي بذلك أكثر واقعية من الفقه الوضعي المعاصر الذي لازالت تغلب عليه فكرة الخطأ كشرط للمسؤولية . ذلك أن الخطأ حالة نفسية يصعب تلمسها بالنسبة للدولة كشخص معنوى . ثم ان النظرية الإسلامية تجعل الضرر علة وسبباً للتضمنين فإذا وجدت العلة وجد المعلول والالزام في ذلك انما هو من خطاب الوضع لأن خطاب التكليف . ولذا لزم الضمان من لا ادراك له وشغلت ذمته به في ماله دون أن تشغل ذمته بالاداء (على الخفيف — المرجع السابق ، ص ٦٨) .

وخطاب الوضع يكاد يماثل المسؤولية الخطأية في النظرية الموضوعية اما خطاب التكليف فهو أقرب مايكون إلى المسؤولية الخطأية .

كذلك يترتب على ما اسلفت ان من يمارس حقاً لا يسأل عن الضرر الذي ينجم عن ذلك . بيد أن القول يختلف اذا اساء المرء استخدام حقه او تعسف في استعماله . ذلك ان الشارع حدد لكل حق حدوداً تتوقف على مراعاتها شرعيته وجعل ما خالف ذلك امراً محظوراً تلزم الفاعل تبعاته .

ويكون صاحب الحق متعسفاً أو مسيئاً في استعمال حقه في الحالات التالية :

- ١ — إذا لم يقصد سوى الاضرار بالغير .
- ٢ — إذا كانت المصلحة التي يبتغيها تتعارض مع مصلحة عامة أو خاصة تفوقها أهمية أو لا تتناسب مع ما يصيب غيره من ضرر عظيم بسببها ولم يكن ذلك الضرر نادر الوقوع لأن الفقهاء على اتفاق في ان الضرر إذا كان نادر الوقوع أو تافهاً فإنه لا يترتب تقييد صاحب الحق في استعمال حقه ويبقى الحق على أصله .

٣ — إذا كانت المصلحة التي يبتغيها تؤدي إلى الأضرار بغيره ضرراً فاحشاً وكان في استطاعته تحقيق مصلحة على نحو يتفادى ذلك الضرر .

٤ — إذا كان الضرر المترتب على الاستعمال بينا ومحمّل الوقوع وليس بالأمر النادر وذلك أخذاً بالأحوط وبسد الذرائع لأن توق المضرّة يقدم على جلب المنفعة (كما ذهب أحمد ومالك على خلاف إلى حنيفة والشافعي) لأن الضرر الذي يغلب على الظن وقوعه يعتبر في حكم المحقق وقوعه بناء على اعتبار غلبة الظن في الأحكام الشرعية أما إذا كان متوقعا ولكنه ليس بالأمر النادر فإن إباحة حنيفة والشافعي — كما قلت — يقدمان مصلحة صاحب الحق لأن حقه ثابت ييقن فلا يدفع الا ييقن مثله أو ما غلب فيه الظن .

٥ — إذا كان صاحب الحق على علم بترتب الضرر الفاحش ولكنه استعمل حقه ترفها وكان لا يلحقه ضرر لو أنه تركه ، أما إذا كان صاحب الحق على غير علم فيجوز له استعمال حقه .

والقول باستبعاد الضرر الناجم عن تصرف مشروع — دون تعسف أو إساءة في استعمال الحق — من بين موجبات الضمان يعنى أن النظرية الإسلامية لا تقر بنظرية المخاطر في المسؤولية وهي النظرية التي بدأ الفقه الوضعي المعاصر يتجه إليها بمناسبة اتساع مجالات النشاط الكوني والذري لترتيب مسؤولية تلك الدول أصحاب النشاط عما يقع من ضرر للغير بغض النظر عما إذا كان النشاط ممارسة لحق أم ليس ممارسة لحق . وتلك مقارنة لا تقف ضد النظرية الإسلامية لأن نظرية المخاطر — كما أسلفت — لازالت غامضة العلامات ولما تستقر على نحو نستطيع معه مناقشتها . ثم إن ما يحدث من الضرر نتيجة استخدام حق أو التعسف فيه — سواء حدث مباشرة أم نسيباً — لا يجب فيه الضمان على صاحب الحق إلا إذا توفرت فيه شرط الضمان على نحو ما عرضه في هذا المبحث .

٣ — إذا كان صادراً عن له ذمة مالية لأن الذمة هي مستقر الضمان . ولذا فإن

الاسل في فعل الحيوان وما ينشأ عنه ان يكون جبارا . يقول الرسول ﷺ
« النجماء جرحها جبار » . والمعنى أن يكون هدرًا لا يستتبع مساءلة لان
الحيوان لا ذمة له ولا ادراك .

· ولذا فان الفعل الضار لا يخرج عن السببية إذا كان فاعله قد خالف بسبب
عارض خارج عنه كفقده اهلية التكليف لان سببته ترتبط بذاته وآثاره
لا يقصد فاعله وادراكه، والأمر في اقتضاء الفاعل التضمن مبنى على المعارضة
حتى لا يظلم أحد في ماله . ولذا فإن القاعدة الاصولية تقرر أن الخطأ والعمد
في الاموال سواء . والمقصود بالخطأ هنا وقوع الشيء على خلاف ارادة فاعله .

ب - الضرر : الضرر الذي يوجب الضمان - في المفهوم الذي يستهمننا
هنا - هو الضرر المالى ويقصد بالضرر المالى كل اذى يصيب الإنسان فيسبب
له خسارة في مالية أمراله سواء كان نقصا في المالى ذاته أم نقصا في منافعه ،
وهكذا فإن النظرية التقليدية لا تقرر الضرر المعنوى أو الادنى .

· ومادام ان الضرر الذى يفضى إلى التعويض هو الضرر المالى ، فإن الضرر
يجب أن يكون قد تحقق فعلا والا فلا يعتبر لان المسبب لا يتقدم سبباً والا لم
يكن سبباً له . ومن ثم فان الرجل الذى يذبح شاة لا ترجى حياتها لا يضمن
قيمتها سواء كان هو راعيها أم اجنيا عنها لانه بعمله هذا أفاد ماليتها ولم يضره
(القواعد لابن رجب ، ص ٢٢٢) .

· ولا يكون الضرر المالى موجبا للتعويض الا في مال متقوم مملوك للمضرور
فمن يذبح خنزيرا لمسلم لا يضمن لأن الخنزير ليس بمال متقوم . ويختلف
الفقهاء حول ضمان الفاعل إذا كان الخنزير لغير المسلم فمنهم من أقر الضمان
ومنهم من ذهب إلى أنه لا ضمان في شيء من ذلك . واذن فالضرر المالى
لا يوجب ضمنا الا اذا تمثل في مال مملوك متقوم فان كان المالى غير مملوك أو
غير متقوم فلا ضمان .

ولكن ما القول لو أن شخصا أنقل مالا للغير من الهلاك أو الغصب ؟

جاء في مختصر الفتاوى « إذا غرق مركب في البر وكان فيه زيت فطفأ على سطح الماء فجمعه شخص فهو لصاحبه وله على صاحبه أجرة جمعه على أصح القولين ، وقال الحسن البصري هو لمن جمعه وأخذه » (ج ٤ ، ص ٤١٦) .

وفي المغنى ان لمنقذ المتاع أجر مثله (ج ٦ ، ص ٣٧٢) .

وإذا نحن طوعنا الآراء الفقهية التقليدية للمفاهيم الدولية نقول إن الدولة التي تنقذ مالا لدولة يكون قد أشرف على الخلك والضياع وتنفق مالا في سبيل ذلك أو تقوم بعمل أو جهد لا تستحق عن ذلك أجرا أو عوضا إلا إذا كانت الاعراف الدولية تقضى بذلك والا اعتبر عملها تبرعا بلا اجر . ومن ثم فإن الدول التي تقدم المعونة لغيرها في حالة النكبات الطبيعية لا تستحق تعويضا عن ذلك لان العرف الدولي يعتبر هذا العمل من قبيل التبرع .

ويميل الفقهاء المسلمون المتأخرون الى استحسان رجوع الدولة بما بذلته من مال اذا أوضحت منذ البداية انها تعترم الرجوع بما انفقت والا لم يكن لها ان ترجع ، ولا أرى غضاضة في متابعة هذا الاتجاه .

وإذا كان الشرط في الضرر ان يصيب مالا فإن الضرر الذى يصيب جسم الإنسان لا يستوجب تعويضا كما اسلفت لان الشارع قدره او ترك امر تقديره لحكومة العدل — أى لدوى الخبرة والنظر ومن ثم فهو على الاغلب عقوبة وليس تعويضا .

كذلك لا تعويض في الضرر الادبى أى الضرر الذى يتسبب عن اذى يصيب الإنسان في شرفه وعرضه وكرامته ولا عن الضرر المعنوى الذى يتمثل في تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها ، كما في امتناع المستعير عن تسليم العارية الى المستعير . وأساس ذلك أن التعويض بالمال يقوم على أن التعويض جبر لما أصاب صاحب المال من ضرر ، وذلك باحلال مال مكافئ محل مال فُلِدَ بغية إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، الأمر الذى لا يتحقق في أى من الضرر الادبى أو المعنوى لان اعطاء المال في هذا النوع من الضرر لا يرفعه ولا يزيله ، فاذا

انطبق على الاضرار قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » اقتضاء لمصلحة المجتمع والناس فإن التعزيز يكون فيه واجبا بما يراه الحاكم وقاية وزجرا ، ولكن هذا — كما أوضحت آنفا — لا يدخل ضمن مفهوم التعويض الذى تناقشه هنا .

أما بالنسبة لمنافع المال فقد اختلف الفقهاء حول التضمن فيها :

١ — اذ ذهب الحنفية إلى عدم التضمن فى المنافع لأنها لم يثبت بمال عندهم واستثنوا من ذلك الاجارة لان تقويمها فى عقد الاجارة اثر ونتيجة للعقد البارد على مصدرها واعتباره حالا منها فيه فقدمت تبعا لتقديم أصلها .

وقد استثنى متأخروا الحنفية من عدم ضمان المنافع ثلاث مسائل قبلوا فيها الضمان وأوجبوا على المعتدى فيها أجر المثل وهى : منافع الموقوف للسكنى أو للاستغلال ، ومنافع ملك اليتيم ، ومنافع المعدل للاستغلال من الاعيان . وعندى اننا نستطيع أن نطوع الاحكام الخاصة بمصالح اليتيم على أقاليم الوصاية فى القانون الدولى

أما الزوائد المالية للعين فما كان منها متصلا بالعين فيعتبر جزءا من العين ويأخذ حكمها ، وما كان منفصلا كالثمرة فلا تضمن الا بالتعدى .

٢ — وخالف الشافعية والحنابلة فقالوا بوجوب التضمنين فيها لأنها فى رأيهم مال موقوف يتحقق فيه التعدى ، كما تضمن جميع الزوائد متصلة أو منفصلة .

٣ — وقال المالكية إن الغاصب يضمن المنفعة على تفصيل أحيل فيه إلى مراجعته ، أما المعتدى فيكون ضامنا للمنافع على الإطلاق .

والغاصب هو الذى يقصد إلى غصب العين ذاتها أما المعتدى فهو الذى يقصد إلى غصب منافع العين .

ج — علاقة السببية .

يجب أن يكون الفعل الحسى متصلا بمحل الضرر فإن لم يكن متصلا به فلا ضمان لان القاعدة فى النظرية الإسلامية هى عدم مساءلة الإنسان عن

ضرر لا يد له في احداثه . وعلاقة السببية كما قدمت قد تكون مباشرة إذا كان الضرر قد ترتب على الفعل مباشرة . وقد تكون غير مباشرة إذا فصل بين الفعل الاول وبين حدوث الضرر فعل آخر .

فإذا كانت علاقة السببية مباشرة فإن أى فعل لا يكون ممارسة مشروعة لحق يمكن أن يكون موجبا للضمان . أما إذا كانت علاقة السببية غير مباشرة فإن الفعل يجب أن يكون غير مشروع كى يوجب الضمان ، فإذا كان التسبب غير معتد فلا ضمان عليه . فإذا جفّر انسان بئرا في ملكه فوقعت فيه دابة انسان آخر فهلكت او اسقطها شخص آخر قتلته فلا ضمان على حافر البئر لبعدهم التعدي في حفرة البئر . على عكس الحال لو أنه حفرها في ملك غيره . ومبرر التفرقة بين المباشر . والمتسبب يقوم على مدى وضوح علاقة السببية بين الفعل والضرر . فعلاقة السببية في الضرر . بطريق المباشرة تبدو جلية واضحة دون حاجة للنظر إلى فاعل الضرر وقصده . أما في التسبب فإن العلاقة لا تبدو بالوضوح ذاته . وإنما يعمها فعل فاصل يتوسط بين الفعل الموجب للضمان وبين الضرر . ومن هنا كانت الحاجة إلى اشتراط ان يكون الفعل الاول محظورا حتى يكون التضمن من موجبات حظره وتبعاته دفعا للضرر .

وذكر الحنابلة : ان الضرر إذا كان مباشرا وجدت فور الفعل المباشر اضيف اليه وضمن محدثه ، ولكن اذا فصل بينه وبين الفعل الاول المسبب له فعل آخر كان الضرر مباشرا له — فإن كان حدوث ذلك الفعل امرا محققا لازما لحدوث الفعل الاول لم يمنع من نسبة الضرر إلى الفعل الاول لزم صاحبه الضمان والا فإن كان حدوثه غير محقق ولكنه يمنع من الاضافة عرفا لم يضمن محدث الفعل الاول وضمن الثاني وان لم يمنع من الإضافة كان الضمان على محدث الفعل الاول . وقد تدق التفرقة بين صورتين العلاقة المباشرة وغير المباشرة فتختلف تبعاً لذلك الفتوى . والمثل يوضح ما أقول . لو ان شخصا فتح باب قفص فطار منه الطير وضاع ، أيضمن أم لا يضمن ؟ . . . يرى الحنفية ان علاقة السببية بصورتها المباشرة وغير المباشرة لم تتحقق لان ضياع الطير كله كان نتيجة الخروج من القفص وأن طيرانه حدث منه

بأخياره . أما محمد والمالكية فهو أن يضمن لأن الفتح وقع اتلافا للطير بطريق التسبب في خروجه وطيرانه المؤدين إلى ضياعه ، ولم يكن ماحداث من الطير مانعا من نسبة التلف إلى الفتح وهو متعمد فيه والمحدث له كالمباشر للتلف لأن الطيران طبع للطير عادة ، فإذا وجد مخرجا بعد الحبس طار . وقول الحنفية قول مستغرب لأن منطقهم يادى الخزال .

ولما كانت علاقة السببية شرطا لازما للتضمن فإن الإنسان لا يسأل — طبقا للنظرية الرضعية — عن من هم خاضعون لرقابته او من هم تبع له . اى ان النظرية الإسلامية تمنح النظرية الوضعية الخاصة بتحمل التبعة فتلزم المتبوع بضمان الضرر الذى يحدثه تابعه . ومنطق النظرية الإسلامية يقوم على فهم لقاعدة « الغرم بالغنم » يختلف عن الفهم الذى تأثرت به النظرية الرضعية . ان الغرم بالغنم — فى النظرية الرضعية — يعنى ان المالك ليس له من ثمرات ماله كل ما أثمره وانما له ما يبقى فقط بعد أن ينتقص منها مايجبر الضرر الذى يلحق غيره بسبب عمله . أما النظرية الإسلامية — فى الرأى الذى اعتمدته — فترى أن غنم الإنسان من ماله لا يستتبع غرامته الا اذا أصاب ماله بالضرر فهو انما يتحمل الضرر الذى أصاب ماله — غرما بغنم — لا ما أصاب امال غيره من جراء ضرر لا يد له فيه . ان المنطق الغربى يعد فى المفهوم الإسلامى أكلا للمال بالباطل ولا أساس له من العدالة فقد قال تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة » (المدثر / ٣٨) .

ومن ثم فإن صاحب الحيوان لا يسأل عما يحدثه الحيوان من ضرر الا اذا كان ذلك قد حدث نتيجة تعد أو تقصير . وقد روى أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطا فأفسدت فيه فقضى الرسول ﷺ بأن على أهل الحوائط حفظها بالنهار ، أما ما تنفسده المواشى ليلا فضا من على اصحابها . وتفسير ذلك أن على أرباب المواشى حبسها ليلا فى الحظائر فإن هى انفلتت كان ذلك تقصيرا . والمسئول عن جنابة الحيوان هو ذو اليد على الحيوان المتسبب فى الاتلاف مالكا كان أم صاحب اليد أم مستعيرا أم مستاجرا أم غاصبا .

والحق أن الفقهاء يختلفون في كثير من الأحكام المتعلقة بالمسؤولية التبعية لا سيما في شأن آثار فعل الحيوان وذلك كما ألمحت آنفا يرجع إلى اختلاف نظرتهم في تقدير الأمور ، ولكنها تتجمع كلها حول مبدأ أن مسؤولية صاحب الحيوان عما يتلفه الحيوان لا تقوم إلا إذا قصر في حفظه . ومن نقاط الخلاف فرض ما إذا تلفت الدابة برجلها وصاحبها راكب عليها . قال مالك لا ضمان إذا لم يكن من جهة راكبها مآدى إلى الضرر ، وقال الشافعي يضمن سواء أكان بسبب من راكبها أو سائقها أم لم يكن ، ورأى أبو حنيفة تفصيلا لا أرى هنا داعيا لذكره .

ومن ثم فإن الدولة لا تسأل عن الأضرار التي يتسبب فيها مواطنوها إلا إذا كانت قد قصرت في رقابتهم تقصيرا وفر لهم ظروف إتيان الفعل الضار .

وأود هنا أن انه إلى أن الحكم في الحيوان وما ينشأ عنه يختلف عن حكم ما يملكه الإنسان من آلات فالآلة ليس لها من حركة إلا بتحريك صاحبها، ولذا فإن ما يحدث منها من ضرر هو من قبيل الضرر المباشر . والمباشرة كما أسلفت لا يشترط فيها التعدي .

فذلكة :

فالقاعدة اذن ان من أحدث التلف ضامن الا اذا منع من اضافة التلف اليه ترتب التلف مباشرة على فعل أحدثه شخص آخر ففصل بين الضرر وبين الفعل الأول وانقطعت به نسبة الضرر إلى الفعل الأول . ولذا يضاف التلف إلى الفعل الأول ويضمن به فاعله لو أن الفعل الثاني كان من فعل الطبيعة أو بأمر سماوى أو ممن أكره عليه اكراها ملجئا اعدم اختياره لان مثل هذه الفروض لا تقطع اضافة التلف إلى الفعل الأول .

وجملة القول في الضمان أن الفعل الذى يؤدى إلى ضرر به سواء أكان مشروعا أم محظورا — يفرض الضمان على فاعله إذا كانت علاقة السببية مباشرة بين الفعل والضرر .

أما إذا كانت علاقة السببية غير مباشرة فإن الفعل لا يوجب الضمان الا اذا كان غير مشروع .

فاذا اجتمع المباشر للضرر والمتسبب فيه تعلق الضمان بالمباشر دون المتسبب . بيد أن الحنفية يقيدون هذه القاعدة بأن الضمان يترتب على الاثني معا — المباشر والمتسبب — كما في راكب الدابة وسائقها إذا اتلفت مالا في سيرها فإن الضمان يكون عليهما معا وان كان الراكب مبشرا للاتلاف والسائق متسببا فيه (الزيلعي — ج ٦ ، ص ١٥٠) . وفي الامر تفصيل ، كما ان هناك تفصيلا كذلك في حكم الضمان إذا تعدد الفاعلون ، وأحيل في هذا إلى مراجعه .

ان ماقدمته في الضمان ينتهي إلى أن النظرية الإسلامية تأخذ في الضمان بمسئولية موضوعية تكتفى برابطة بين الفعل والضرر ولكنها أوسع رحابا من نظرية المدرسة الايطالية الموضوعية فهي لا تقتصر على الفعل غير المشروع بل تقبل ان يكون الفعل الموجب للضمان مشروعا مادام انه ليس بممارسة لحق دون تجاوز حدود ذلك الحق . والنظرية الإسلامية بهذه الرحابة تتلافى النقد الذي وجهه للنظرية الموضوعية وتفتح بابا لتضمين الدول في كثير من نشاطها الكوني والذري دون ان تنزلق في الاطلاقية التي تنورط فيها نظرية المخاطر التي تسأل حتى صاحب الحق الحريص في ممارسة حقه . وفي تقديري ان الضمان على نحو ماأوضحت يمكن ان يسهم في حل معميات أحكام المسئولية الدولية بصورة تصلح لان تكون محل اجماع أو تلقى على الاقل تأييد جمهور الفتناء .

استطراد :

وجدير بالذكر في النهاية ان اشير إلى انه إذا ترتب على الفعل تلف المال جميعه أو ذهاب منافعه أو معظمها أو أهم ما يطلب لاجله منها ألزم من أحدثه بمثله ان كان مثليا وبقيمته ان كان قيميا ، وفي حكم ذلك تغييب العين . واذا ترتب عليه تلف بعض المال أو ذهاب منافعه مع بقاء بعضها مما يطلب منه عادة ، أو تعييه تعييا جزئيا ألزم من أحدثه بقيمة ماتلف او نقص او تعيب

منه . وذلك عبارة عن الفرق بين قيمة المثل قبل حدوث الضرر وقيمته بعد حدوث الضرر — ولكن ما القول في حالة الإكراه على اتلاف مال الغير ؟ .
اختلفت الآراء فقالت زمرة بأن الضمان يجب على المكره وقالت زمرة أخرى بأن الضمان على المستكره وذهب فريق ثالث إلى أن الضمان عليهما معا .
واذن فاللتضمنين الواجب بالفعل الضار قد يكون بقيمة المال محل الضرر جميعها وقد يكون بمثله ، وقد يكون ببعض القيمة ، وهو في المثل بمثله وفي القيمي بالقيمة .

هل يجوز لصاحب الحق ان يقتضي حقه بنفسه ؟ يبحث الفقه التقليدي هذه الفرضية تحت عنوان « الظفر بالحق » ويتلخص الرأي فيما يلي :

- ١ — لا يعاقب صاحب الدين الذي سرق من مدينه ماله أو ما في جنسه — إذا كان الدين حال الوفاء — كسارق لأن الحدود تدرأ بالشبهات .
- ٢ — أجاز الشافعية لصاحب الحق أن يصل اليه بأي طريق وإباح الحنفية إذا كان الدين نقدا .

ولعل الأدق أن نقول إن اخذ المال من الماطل يباح للضرورة (الزحيلي — نظرية الضرورة ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ — ١٨٩) .

ولما كان الخرق لابد أن يكون اراديا فإن الضرورة قد تكون عذرا ولكنها لا تعفى من الضمان أو المسؤولية ذلك أن الضرورة تطبق من تطبيقات مبدأ القسطاس لأنها تنفيا رفع الحرج ودفع الضرر وتحقيق العدل .

وقد اختلف الفقهاء في امور مثل الجائحة وهل تقتصر على ماكان من السماء أم انها تشمل كذلك أفعال الآدميين التي لا يمكن التحرز منها أم هي أوسع . من ذلك فتنطوي على كل صنع لا جنبي .

وقد استدل المؤيدون للجوائح بقول الرسول « من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئا علام أحدكم يأخذ من مال أخيه » .

ويرى المالكه والحنابلة ان ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع وان كان المشتري هو الذى يتصرف فيه فعلا ، غير ان الشافعى لم يثبت لديه ان الرسول أمر بوضع الجوائح .

واستدل القائلون بتضمن المشتري بروايات منها أن رجلا أصيب على عهد رسول الله في ثمار ابتاعها وكسرها فقال الرسول تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال الرسول لدائنيه « خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك .

ويفرق البعض بين دفع الصائل (المعتدى) وبين الضرورة الملجئة فيقولون إن الضرورة الملجئة لا تعنى من الضمان ولكن تعفى من العقاب ثم ان مخالف أحكام الضرورة آتية بخلاف الممتنع عن دفع الصائل (عند القائلين بأنه حق لا أمر واجب) .

كذلك اختلف الفقهاء في ضمان الشيء المستهلك حال الضرورة فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن المضطر يضمن بدل ما أكله من طعام غيره بقيمته في المتقوم وبمثله في المثلئ سواء قدر على البدل في الحال أم كان عاجزا لان الاضطرار لا يبطل حق الغير .

وقال المالكية بأنه يضمن وقيل عندهم ايضا لا يضمن . وقال الدسوقي إذا كان الثمن متوفرا لدى المضطر وقت الاكل دفع القيمة وان كان بعد وقت الاكل لا يضمن (الزحيلي — المرجع السابق ، ص ٢٩٩ — ٣٠٠) .

وقول الدسوقي فيما أرى يصلح ان يكون هو القاعدة العامة التى تطبق على ضمان المضطر .

وبدهى ان المسؤولية يترتب عليها التزام بالاصلاح اى اعادة الحال قدر الامكان إلى ماكان عليه لو أن الفعل الضار لم يقع ، ذلك أن القصد من الاصلاح تأمين التوازن القانوني الذى اختل بسبب اتيان الفعل غير المشروع ولذا فالاصل ان يكون الاصلاح عينا فإن تعذر اصبح نقدا .

خاتمة : مقارنة خاطفة :

تختلف النظرية الإسلامية عن النظرية الموضوعية من حيث أن تصور النظرية الإسلامية للضمان تصور أشمل وأعم لأن فكرة الضمان الإسلامية تجمع ما بين التصورات الثلاث الأساسية وهي المسئولية الخطأية والمسئولية الموضوعية والفعل غير المشروع بينما نجد أن الفكر الموضوعي يعالج كلا من تلك النظريات على حدة ولكل منها أنصارها ومحبذوها ، ولعل نظرية المسئولية الخطأية التي كان جروسويس أول من أدخل مفهومها في القانون الدولي المعاصر هي التي لازالت صاحبة قصب السبق من بين تيريناتها . كذلك تختلف النظريتان في شأن تقبل كل منهما المدرك المخاطر بمفهوم المسئولية المطلقة حيث نشهد ان ذلك المدرك لا يجد مجالا له في النظرية الإسلامية بينما نرى له تطبيقات — وان كانت محدودة — في النظرية الغربية .

المبحث الثاني

فى

الاستخلاف الدولي

تعريف وتحديد : النظرية المعاصرة —

يتكلم الفقهاء عن الاستخلاف بمفهومين : (١) الاستخلاف بين الحكومات . (٢) الاستخلاف بين الدول .
يبد أن الاستخلاف بين الحكومات هو في عقيدتي ظاهرة دستورية ولذا فإن مناقشتي هنا تقتصر على الاستخلاف الذى يجرى بين الدول . وتكشف دراسة الاستخلاف الدولي بهذا المعنى عن عدة تصورات فقهية ، بيد أنها تجتمع كلها عند وصف مشترك ، هو أن الدولة السلف تكف عن ممارسة اختصاصات داخل إقليم بعينه وتحل دولة أخرى — هي الخلف — محلها . وينجم عن هذه الحقيقة أن تتعرض العلاقات الداخلية والخارجية للإقليم لتغيرات تمس البناء الاقتصادى والاجتماعى والسياسى والقانونى ، وهنا يأتى دور أحكام الاستخلاف الدولي لمعالجة آثار هذا التطور .

ونظرا لتعدد التصورات الفقهية حول الاستخلاف الدولى فقد يتعذر تصنيفها . ولكنى أحاول عرضها فى صورة بسيطة فأقول إن هذه التصورات يمكن أن تجتمع عند اتجاهين رئيسين :—

أ — اتجاه متأثر بالأفكار الرومانية ولذا فهو يتغالى فى نظريته إلى الاستخلاف إذ يرى انه 'نقل' للسيادة فيما بين الدولة السلف والدولة الخلف — ولما كان هذا الانتقال يعنى أن الدولة الخلف هى وارث لشخصية الدولة السلف فإنها تخلفها أيضا فى العلاقات القانونية المتعلقة بالإقليم محل الاستخلاف . وفى قول آخر فإن مجموع الحقوق والالتزامات ينتقل تلقائيا من السيادة السلف إلى السيادة الخلف كاملا بلا استثناء ولا تغيير .

ب — واتجاه يبنى الاستخلاف الدولى على الإرادة ولذا فإن الدولة الخلف حرة فى أن تستبقى من حقوق والتزامات السيادة السلف ماتريد وأن ترفض منها ماتشاء ، وليس من قاعدة عامة تفرض على الدولة الخلف أن تنقيد بالآثار القانونية لتصرفات السيادة السلف .

والحق أن لكل من الاتجاهين مزاياه ومثالبه ولذا فإنه يصعب علينا أن نعثر على نظرية صادقة تعكس مايجرى عليه العمل الدولى ، ولذلك قد تكون النظرة الأسلم هى محاولة تحليل الأحكام الخاصة بكل مجموعة من الأحداث القانونية على حدة .

وحرى بالذكر أن هناك معاهدة فى شأن الاستخلاف أبرمت سنة ١٩٧٨ . وقد استنت المعاهدة من تطبيق أحكامها الوفاقات المتعلقة بالحدود ، والتي تنشئ حقوقا والتزامات ذات صلة بنظام الحدود ، والوفاقات الإقليمية التي تنشئ حقوقا عينية يحتاج بها على الجميع أو التي تحوى قيودا على استخدام الإقليم لصالح جماعة الدول . ويبدو أن المعاهدة حاولت أن تقنن الاتجاهات الغالبة فى العمل الدولى بالنسبة لكل مجموعة من الأحداث القانونية التي تعالجها .

الاستخلاف المذولى في النظرية الإسلامية :

ليس مصطلح « الاستخلاف » بغريب على النظرية الإسلامية فقد ورد في القرآن قوله عز وجل « وبيد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات ليستخلفنهم في الأرض كما استخلف الذين من قبلهم » (النور / ٥٥) :

يبد أن هذا الاستخلاف ليس بواقعة إرادية — كما هو صريح نص الآية — وإنما هو استخلاف بقدرة إلهية لأن الأرض جميعا ملك لله وهى قبضته ، وإذن فهذه الصورة من الاستخلاف تخرج عن صور الاستخلاف التى اعالجها هنا .

والقول عندى إن أحكام الاستخلاف بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر تختلف عن أحكام الاستخلاف بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية .

أما فيما يتعلق بالاستخلاف بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر فهو فيما أرى أقرب إلى الاستمرار منه إلى الاستخلاف لأن الاستخلاف فى معناه التقليدى هو واقعة قانونية مسقطه عن السلف ومنشئة بالنسبة للخلف . أما فيما بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر فهو — استنادا إلى مايربطها من حلف الإيلاء وأخوة الإسلام — تصرف لا ينشئ الحق للدولة السلف وإنما ينقله إليها . أما سند الحق المنقول فهو سبب من أسباب كسب الملكية . ولذا فإن الحق الذى ينتقل إلى الدولة الإسلامية الخلف هو الحق فى ممارسة الحقوق التى كانت تمارسها الدولة الإسلامية السلف وليست الحقوق فى ذاتها لأن تلك الحقوق فى ذاتها قائمة من قبل وسند قيامها هو السند الذى منحها ابتداء للدولة السلف . وإذن فنحن هنا فى الحقيقة أمام حوالة للحقوق والالتزامات وليس استخلافا بالمعنى الفنى الدقيق للاستخلاف .

فلا عجب إذن أن نجد الفقهاء يفتون الدولة العباسية بأنها ملزمة حيال أهل الكتاب بالعهد التى سبق أن اعطاها لهم الرسول ﷺ أو الخلفاء الراشدون .

إن التزام الدولة العباسية بتلك العهود يعنى أنها استخلفت فيها استخلافا
الزاميا . وفى قول آخر فإن حقوق والتزامات العهود ظلت باقية واستمر نفاذها
من دولة اسلامية إلى دولة اسلامية أخرى حتى انتقلت إلى الدولة العباسية .
وهذا حكم استنبطه كذلك من بعض عبارات جاءت فى عهود الرسول ﷺ .
كعبارة « جوار الله وذمة محمد أبدا » التى وردت فى عهده لأهل نجران فهو
ﷺ بتأييد جوار الله وذمته قد فرض استخلافا فى ذلك على من يليه من دول
إسلامية .

أما فيما بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية فأرى أن نفرق بين
أمرين :- .

أ - العهود والأعراف التى تحقق صالحا عاما يتفق مع أهداف الإسلام
وغايته وهذه تخلف فيها الدولة الإسلامية الخلف الدولة غير الإسلامية السلف .
ومثل ذلك حلف الفضول الذى قال فيه الرسول ﷺ إنه لو دعى به لأجاب .
ويحكى التاريخ أن الوليد كان أميرا على المدينة لعنه معاوية وكان بينه وبين
الحسن بن على نزاع ولكن الوليد تحامل على الحسين فأقسم الحسين إن لم ينصفه
الوليد ليأخذ سيفه ويجلس فى مسجد رسول الله ﷺ ثم ليدعون بحلف الفضول .
وقد آمن الصحابة على هذا فقال عبد الله بن زيد وأنا أحلف لو دعا به لأجبهته
حتى ينصف من حقه وبلغ الأمر صحابة آخرين مثل عبد الرحمن بن عبد الله
اليمى فقال مثل ذلك ، فلما بلغ الوليد ذلك لم ينكر الدعوة وأنصف الحسين
من نفسه حتى رضى . كل ذلك مصداق لقوله تعالى « وأن هذه امتكم أمة
واحدة وأنا ربكم فأعبدون » (المؤمنون / ٥٢) .

أما إذا كانت العهود والأعراف تضر بالصالح العام ولا تنسق مع مبادئ
النظرية الإسلامية فإن القاعدة التى أرى أنها تنطبق هى فى قوله عز وجل
« تلك أمة قد خلت لها ما كسبت ولكم ما كسبتم » (البقرة / ١٣٤) فالآية
صريحة فى أن ما كسبت الأمة التى خلت — أى السلف — لا ينتقل إلى
الأمة القائمة — أى الخلف فلكل من الأمتين — السلف والخلف — ما كسبت
وحدها دون مساءلة الأخرى عنه .

وإذن فالنظرية الإسلامية لا تترك أحكام الاستخلاف لإرادة الدولة الإسلامية وإنما تفرض الاستخلاف عليها فرضاً في حالتين :—
 أ — أن يكون الاستخلاف بين دولتين إسلاميتين ، وهذا يمكن أن يعادله في علاقات الغرب الاستخلاف بين الدول ذوات القومية الواحدة أو العقيدة المشتركة ، إذا كانت الدول تتخذ من تلك العقيدة شعاراً رسمياً لها .

ب — أن يكون الاستخلاف بين دولة إسلامية وأخرى غير إسلامية في أمور تحقق صالحاً عاماً وتسائر مبادئ النظرية الإسلامية . كذلك تحرم النظرية الإسلامية على الدولة الإسلامية أن تقبل استخلاًفاً عن دولة أخرى في أمور تناقض الصالح العام وتخالف مبادئ الإسلام .

ولذا استطيع أن أقرر أن اتجاه النظرية الإسلامية في الاستخلاف يقارب من ناحية المفاهيم الرومانية حيث الانتقال إلزامي ولكن يخالفها في شأن الاستخلاف فيما هو ضار بالمصلحة العامة ومخالف لمبادئ الإسلام حيث الانتقال محرم . وفي قول آخر فإن النظرية الإسلامية تمنع على الدولة الإسلامية — وهذا حكم تستطيع الدولة غير الإسلامية أن تترسعه — تمنع إلزامها بتصرفات السلف التي تستقيم مع نظامها العام ومصالحها القومية العليا . وهكذا نجد أن أحكام الاستخلاف التي تاه الفقه المعاصر في دروبها تستقر في وضوح وإيجاز في النظرية الإسلامية ، وقد جاءت في بساطة بأحكام يمكن أن يستهديها الفقه والعمل الدولي الغربي .

الباب الثالث

فى الأموال الدولية

الفصل الأول : فى الأنهار الدولية

الفصل الثانى : فى البحار الدولية

الفصل الثالث : فى الفضاء

«لستووا على ظهوره ثم تذكروا نعمة ربكم إذا استويتم عليه وتقولوا
سبحان الذى سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين .

صدق الله العظيم

(الزخرف / ١٣)

الفصل الأول فى الأنهار الدولية

تمهيد وتحديد :

يقول القلقشندى إن المياه الأرضية ضربان : ضرب عذب وضرب ملح ، ووقع فى لغة الشافعى الماء المالح . والماء العذب على ثلاثة أنماط : النمط الأول : ماء الأنهار وهى ما بين صغار وكبار وقرية المدى وبعيدته ، وقد أفاد القلقشندى بأن أفضل الأنهار خمسة هى : سيمون وجيجون والدجلة والفرات ونيل مصر . ويذهب القلقشندى إلى أن نيل مصر هو أفضل الأنهار الخمسة وأعذبها وأخفها ماء . والقلقشندى له عذره فيما ذكر عن أفضل الأنهار فهو قد كتب فى حدود ما كان متوافرا فى عصره من معلومات .

ويضيف القلقشندى بأن الأنهار الكبار هى التى تسير فيها السفن . النمط الثانى : العيون وهى مياه تنبع من الأرض وتعلو إلى السطح ثم تسرح فى قنى قد حضرت لها . النمط الثالث : البيار وهى حفائر حتى ينبع الماء من أسفلها ويرتفع فيها ارتفاعا لا يبلغ أعلاها . والتمطان الثانى والثالث هو مانسميه اليوم بالمياه الجوفية .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان الماء الذى ينبع من الأرض هو الذى نزل من السماء ، أم غيره . فذهب البعض إلى أنه هو الماء الذى نزل من السماء وحجتهم فى ذلك قوله تعالى « وأنزلنا من السماء ماء بقدر » (المؤمنون / ١٨) وذهب آخرون إلى أن الذى ينبع من الأرض غير الذى نزل من السماء ، ودليلهم على ذلك قوله سبحانه « ففتحنا أبواب السماء بماء منهمر وفجرنا الأرض غيونا » (القمر / ١١) .

ويوصف الماء للاستحسان بالعدوبة والصفاء والرقّة والخفة وشدة البرد في معناه الشَّيْمُ .

أما الماء المالح فهو أحد العناصر الأربعة ، وهو يحيط بالأرض من جميع جهاتها إلا ما اقتضته الحكمة الإلهية لعمادة الدنيا من كشف بعض ظاهرها الأعلى . وتتفرع منه بحار مبتدئة في جهات الأرض لتجرى السفن فيها بما ينفع الناس . وقد اختلف في الماء المالح هل هو كذلك من أصل الخلقة أم عرضت له الملوحة بسبب ملاقاته من سبخ الأرض وفي ذلك رأيان .

ومن خصائص البحر المالح أنه في غاية الصفاء حتى أنه يرى في قاعه على القرب من ساحله . ويوصف البحر بالسعة والطول والعرض وكذلك العجائب حتى إنه يقال في الأمثال « حدث عن البحر ولا حرج » .

وفي الماء المالح كثافة لا توجد في الماء العذب ومن أجل ذلك لا ترسب فيه الأشياء الثقيلة كما ترسب في الماء العذب حتى إنه يقال إن السفن التي تفرق في البحر المالح لا تبلغ أرضه بخلاف التي تفرق في الأنهار فإنها تنزل إلى قاعها . وشاهد ذلك أنك إذا طرحت بيضة دجاجة في الماء العذب غرقت فيه فإذا أذبت في ذلك الماء ملحا بحيث يغلب على الماء وطرحت فيه البيضة طفت (القلقشندي — صبح الأعشى في صناعة الانشاء ، طبعة القاهرة ج ٢ ، ص ١٨٧ ، ١٨٨) .

وأتناول فيما يلي من دراسة كلا من الانهار والعيون والبحار.

مقدمة :

شغلت حقوق الناس في مياه الأنهار بال الجماعة منذ فجر التاريخ . ولا أغالي إذا قلت إن قيام الدول واستقرارها يجد أصله الأصيل في الحقوق المائية ، فحول أحواض الانهار قامت حضارات وشيدت المدن وتلوق الإنسان لذة الاستقرار . ويقص لنا التاريخ — من أجل استفادة الإنسان بمياه الأنهار

واقتراسها مع أترابه — حكاية سدود انشئت وروافد حُفرت ومجارى حولت .

ولم تكن النظرية الإسلامية أقل استشعاراً لخطورة ما للمياه من أثر في حياة الناس وقد جعل الله منها كل شيء حى . ففي القرآن الكريم آيات بينات وفي الحديث الشريف أحكام نيرات ، والتي أورد بعضها منها أثناء عرض هذا البحث ، حيث أنجه إلى ما يكون ذا صلة مباشرة بموضوع الدراسة التي تعنى أصلاً بالعموميات قصداً إلى التبسيط والإيجاز وفتحاً لباب الاجتهاد والإنجاز .

ولكن مياه الأنهار لم تدخل حلبة الصراع الدولى الحديث إلا منذ نصف قرن فاستحث بذلك اهتمام القانون الدولى المعاصر بعد أن تطورت استخدامات المياه كمصدر للطاقة ودخلت ضمن مخططات الرى المنظم فى مناطق شاسعة من آسيا وأفريقيا وأمريكا ؛

واليوم وقد راح الجفاف يضرب بمعاوله القتالة فى مناطق متعددة من هذه المعمورة فيهددها بالخراب ويتربص بأهلها الموت نذكر فى خشوع وإيمان قدرة الحق فى قوله تعالى « أرايتم إن أصبح ماؤكم غورا فمن يأتىكم بماء معين » (الملك / ٣٠) .

والحق ان الاستخدامات الفنية المتباينة للأنهار لا زالت تتألى على التنظيم القانونى بسبب الطبيعة الخاصة لمياه الأنهار . ذلك أن إقليم الدولة يتسم بالبقاء والاستقرار والنهر جزء منه ، ولكن سيولة مياهه تناقض ذلك الثبات فهى اليوم هنا وغدا هناك . وتلك حقيقة لها معقباتها التى تستحث الخلاف فى الآراء من حيث أن سيولة المياه وجريانها يتحدى السيادة الإقليمية بحدودها السياسية ويتخطى السلطات الكاملة للدولة الإقليم ومن هنا كان لابد لقواعد القانون الدولى النهري من أن تجارى هذه الظاهرة وترتب لها ما هو مناسب من أحكام .

إن القانون الدولى النهري لا يصرف اهتمامه إلا لفئة محددة من الانهار هى التى نطلق عليها مسمى « الانهار الدولية » . فماذا يقصد بالنهر الدولى ؟ .

اختلف الفقهاء المعاصرون في تعريف النهر الدولي . وقد عرفته المحكمة الدائمة للعدل الدولي — في منازعة اللجنة الدولية للاودر سنة ١٩٢٩ — بأنه المجرى الصالح للملاحة الذي يصل عدة دول بالبحر . ويبدو أن المحكمة كانت متأثرة بطبيعة النزاع الذي كان معروضا عليها فهو يتعلق بمشكلات الملاحة ولذا اشترطت في مجرى المياه لكي يصبح نهرا دوليا أن يكون صالحا للملاحة وأن يكون متصلا بالبحر ..

ولكن العلم كشف عن استخدامات للمياه وسعت من أهميتها وتجاوزت كونها مجرد مجرى للعبور ، ولذا اختلفت النظرة إلى النهر الدولي فأصبح الرأي على أن النهر يكون دوليا إذا كان يهم أكثر من دولة بغض النظر عن الأسباب التي تركزى تلك الاهمية . والواقع أننا يمكن أن نصنف استخدامات الأنهار في عَظَين رئيسين هما :
(١) . الملاحة .

(٢) الاستخدامات الاقتصادية الأخرى .

ولذا فإننا يمكن أن نعالج أحكام الأنهار في شأن كل من هذين القسمين الكبيرين :

أ — الملاحة : ويعتبر النهر دوليا — من أجل اغراض الملاحة — إذا كان النهر أو روافده صالحا للملاحة ويعبر — أو يفصل — في جريانه — أقاليم أكثر من دولة .

وتدور النقطة القانونية الجوهرية — بالنسبة للأنهار الملاحية — حول ما إذا كان هناك حق عرقي بخول الدول مكنة الملاحة الحرة في النهر بغض النظر عن عدم وجود اتفاق بينها وبين الدولة صاحبة الإقليم .

والرأي الغالب في الفقه ينفي وجود ذلك الحق بدعوى أن ماتقرره المعاهدات بالنسبة للملاحة الحرة هو استثناء على مبدأ السيادة الخالصة . ولكن نفرا من الفقهاء يؤكد أن مبدأ السيادة الخالصة لا يتفق مع حقائق المجتمع الدولي وأن هناك حقوق ارتفاق بالملاحة يتحمل بها النهر الدولي .

ب — الاستخدامات الاقتصادية — في غير الملاحظة — كالاستثمار الصناعي والزراعي . وقد مهدت هذه الاستخدامات لتطوير قواعد القانون الدولي النهرى إذ راحت تنظر إلى مجرى النهر على أنه وحدة طبيعية تفرض ذاتها على الرغم من عدم توافر الوحدة القانونية .

ماذا تقول النظرية الإسلامية :

النهر لغة هو الماء العذب الغزير أو هو مجرى الماء . وقد يندرج النهر ضمن مفهوم لفظة البحر . وفي هذا يقول التنزيل الحكيم « مرج البحرين هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج » (الفرقان / ٥٢) .

يبد أن القرآن الكريم وإن كان قد صرف لفظة البحر إلى كل من النهر والبحر الملح فانه لم يسو بينهما في الحكم . قال عز من قائل « ما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج » (فاطر / ١٢) . فدل بذلك على أن هناك سمات لكل من الظاهرتين تقتضى اختلافات في الأحكام . ولذا فإننى لا أساير ماذهب اليه الفقهاء من أن أحكام الأنهار تنطبق على البحار . قد يكون هناك تلاق في بعض الجزئيات ولكن هذا لا يعنى تماثلا في الأحكام وتوحيدا في المدركات .

قدمت أن النظرية الإسلامية تولى المياه العذبة أهمية بالغة ، فلا غرابة إذن في أن ينصرف الاهتمام إلى مجارى تلك المياه وأولها الأنهار . ويتبدى اهتمام النظرية الإسلامية بالأنهار فيما احتواه الكتاب الكريم من ذكر للأنهار فهي زينة في الحياة الآخرة كما انها زينة في الحياة الدنيا . يقول المولى عز وجل « بشراكم اليوم جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها » (الحديد / ١٢) . ويعتد صورا من الأنهار يزدان بها فردوس الخلود .

وتقسم النظرية الإسلامية التقليدية الأنهار إلى ثلاثة أقسام :

١ — مأجراه الله تعالى من كبار الأنهار التي لم يحفرها آدميون كدجلة والفرات والنيل . ويذهب الفقه التقليدى إلى أن احكام المحيطات

- والبحار تماثل أحكام تلك الأنهار ، وهو ما أسلفت عدم إقرارى به .
- ٢ — ما أجراه الله تعالى من صغار الأنهار على ضربين :
- أ — أن يعلو ماؤها ولو لم يحبس ويكفى جميع أهله دون قصور .
- ب — أن يقل ماء النهر ولا يعلو للشرب إلا بحسه .
- ٣ — ما احتفراه الآدميون من الأرضين ، وتستمد مياهها من نهر عام .
- (الأحكام السلطانية للمواردى ، ص ١٨١) .

واذن فالفقهاء المسلمون يقسمون الأنهار إلى أنهار طبيعية وأنهار صناعية ، ويقسمون الأنهار الطبيعية إلى أنهار كبيرة وأخرى صغيرة .

إن من ينعم النظر في المدرجات الإسلامية التقليدية يلحظ أولا أن الفقهاء راعوا فيها الاستخدامات الخاصة للأنهار من قبل الأشخاص . ويجد ثانيا أن القسم الخاص بما احتفراه الآدميون لا يمثل قسما ثالثا بالمعنى الدقيق وإنما هو صورة من صور الانتفاع بالأنهار بأن يحتفر الشخص مجرى يستمد مياهه من مياه النهر الطبيعي . ومن ثم فإن الأنهار التي يكون عليها المعول في تحديد الأحكام العامة هي الأنهار الطبيعية . وهنا أرى أن تقسمة الأنهار الطبيعية إلى أنهار كبيرة وأخرى صغيرة تقسمة لا مبرر لها مادام أن المراعى أصلا في التقسمة هو كيفية الاستفادة بالنهر ، وهل يكفى النهر حاجة أهله دون حبس مياهه أم أن ماءه غور لا بد من حبسه حتى يرتفع على نحو يمكن معه الاستفادة به . ومرة أخرى نجد أن تقسمة الأنهار الطبيعية إلى أنهار كبيرة وأخرى صغيرة تقسمة تقوم على كيفية استخدامها وليس على نوع ما تقدمه من خدمات وإن كان القلقشندى ، ومن قبله بعض الفقهاء مثل ابن يوسف ، قد خصص كما قدمت الأنهار الكبيرة بسير السفن أى أنه اعتبر أن الأنهار الكبيرة هي وحدها الصالحة للملاحة . فاذا اعتبرت هذه الملاحظة من القلقشندى فإننا يمكن أن نتخذ من الصلاحية للملاحة معيارا لتقسيم الأنهار ، وهذا ما أراه وأجبهه . وهنا أرائى أسير في طريق معاكس لما سار عليه الفقه التقليدى ذلك أن الملاحة لم تشغل بال الفقهاء القدامى عند معالجتهم لأحكام الأنهار وإنما استهمهم

مايستفاد بالنهر في الزراعة والشراب . أى أن الاستخدامات الاقتصادية — غير الملاحة المعروفة وقثند هي التي كانت رائدهم فيما خلفوه من أحكام . أما أنا فأسير على أن الملاحة هي الاعتبار الأول في تنظيم الأحكام وبذا تنقسم الأنهار إلى قسمين :-

- ١ — أنهار صالحة للملاحة إلى جانب غيرها من الاستخدامات الاقتصادية .
- ٢ — أنهار صالحة للاستخدامات الاقتصادية غير الملاحة ، وهذه بدورها تنقسم إلى :

- أ — أنهار يعلو ماؤها دون حبس .
- ب — أنهار لا يعلو ماؤها إلا بالحبس .

والحق أن آيات التنزيل الحكيم تسمح لنا بأن نعالج أحكام الأنهار على هدى من صلاحيتها لكافة الاستخدامات الاقتصادية سواء كانت ملاحية أم غير ملاحية . فيقول العليم الحكيم « وسخر لكم الأنهار » (ابراهيم / ٣٢) ، وإذن فقد سخر المولى العلي الأنهار للإنسان تسخيرا عاما بلا حدود، ومطلق التسخير يتسع لكافة صور الاستخدام .

النهر الدولي في النظرية الإسلامية :

فإن صح ما قدمت فما هو النهر الدولي — حسب النظرية الإسلامية — من بين تلك الأنهار ؟ الحق أن الفقه التقليدي لم يتطرق إلى تصور للنهر الدولي لأنه كان يعالج أحكام الأنهار التي تجري داخل إقليم دولة واحدة وعذره في ذلك أمران : أولهما أنه كان يتابع منطق في تقسيم العالم إلى دار سلام ودار حرب فلم تشغله مشكلات جريان النهر في أقاليم دول إسلامية تستقل الواحدة منها عن الأخرى ، وثانيهما أن معرفته بالأنهار كانت قاصرة على ما انتهى إلى علم الفقهاء من أنهار في ذلك الزمان، ولذا فإن الصورة التي عرضت له كانت صورة نهر يجري في إقليم غير مقسم . صحيح أن بعض هذه الأنهار — كالنيل مثلا — كان يجري في إقليم ينقسم بين عدة وحدات ولكن الذي عرفه الفقه عن النيل هو أنه نهر يجري في مصر وهكذا سماء عمرو بن العاص نيل مصر وهذا هو

مسماه أيضا في القلقشندى وهو مؤلف أعد في مصر متأخرا . تم إننا يجب ألا ننسى أن القانون الدولى المعاصر — على الرغم من معرفته بجغرافية الأنهار على نحو أوسع وأدق من معرفة الفقه الإسلامى التقليدى بها — لم يهتم بأمورها ولم يحاول أن يضع أحكاما تنظمها إلا منذ نصف قرن أو يقارب عندما فرض عليه تشابه مصالح الدول أن يفعل ذلك .

أما والصورة المعاصرة تغاير تلك التى عاجلها الفقه التقليدى فإن لنا أن نحاول تبين ما إذا كانت النظرية الإسلامية تتسع للمدرك النهر الدولى كمنطلق لاستيضاح الأحكام التى تطبق على هذا النهر في العلاقات الدولية .

ولعل نقطة البداية في الإجابة على هذا السؤال هو قوله ﷺ « الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلاء والنار » وفي رواية أخرى « لا تمنعوا ماء ولا كلاء ولا نارا فإنه متاع للمقوين وقوة للمستمتعين » .

والجديث على روايته يعنى أن الشيوع في الماء قد تقرّر كحكم يرتبط بما يمكن أن يحققه الماء من منافع مشتركة للمستفيدين به فهو متاع للمقوين وقوة للمستمتعين . الأمر الذى يسمح بأن أقول إننا لو تصورنا جديلا مائلا لا يفيد إلا شخصا بعينه فإن حكم الشيوع يسقط عنه لانعدام حكمته وغياب مبرره . فلو نظرنا مثلا إلى نهر النيل من حيث أنه نهر لا يصلح للملاحة بين مصر والسودان وأن نفعه الملاحى يقتصر على مصر فحسب فإن مياهه لا تخضع — من حيث الاستخدام الملاحى — لقاعدة الشيوع . وفي قول آخر فإن السودان لا يملك أن يدعى شيوعا مع مصر بشأن الملاحة في الجزء من النيل الذى يقع في مصر .

وهكذا أخلص إلى أن النهر الذى يخدم أكثر من دولة ويمكن أن يشبع حاجاتها كليا أو جزئيا هو نهر يخضع لقاعدة الشيوع بمعنى أن الدول المطلة على حوضه تكون شريكة في مياهه . فإذا أردت أن أصوغ هذه القاعدة صياغة عصرية أقول إن النهر الدولى في النظرية الإسلامية هو النهر الذى تجرى مياهه في أكثر من دولة ويتسع مآذو لاهتمامات الدول المشاططة له . ولكن هل تكفى

وفرة الماء والجريان في أكثر من دولة في تعريف النهر الدولي سواء أكان استخدامه للملاحة أم لغيرها من الاستخدامات الاقتصادية ، أم أننا يجب أن نضيف إلى التعريف الذى أسلفته وصفا آخر ليكون تعريفا جامعاً .

إن تصورنا لصلاحية النهر للملاحة يقوم على فرضين :

- (١) أن تتوفر تلك الصلاحية فيما بين الدول المطلة على النهر فحسب ..
- (٢) أن تتوفر أيضا بالنسبة للملاحة القادمة من البحر ، أى الملاحة الدولية .

والحق أن كافة الأنهار الصالحة للملاحة فيما بين الدول الشاطئية تصب كلها — حسبما أعرف — في بحار ملحة ، وتبعاً فإن النهر الصالح للملاحة الإقليمية يصلح جغرافياً كذلك للملاحة العالمية . ومن ثم فإننا يمكن أن نكتفي بالتعريف السالف من حيث أن صلاحية النهر لإشباع حاجة الدول المطلة عليه في الملاحة المشتركة يعنى تبعاً أنه صالح للملاحة العالمية . ويمكن أن نضيف للتعريف وصفا توضيحياً في هذا المعنى . ومن ثم فإن النهر الدولي في النظرية الإسلامية هو :

١ — النهر الذى يجرى في إقليم أكثر من دولة ويمثل أهمية للدول المطلة على حوضه .

٢ — فإن كانت الأهمية ملاحية فانه يجب أن يكون — إلى جانب ذلك — صالحاً للملاحة ومتصلاً بالبحر . ولعل القلقشندى كان يقصد إلى هذا الشرط عندما قال إن الأنهار الكبيرة هى التى تسير فيها السفن .

هناك نفر من الفقهاء المعاصرون يرون أن النهر يكون دولياً إذا كان ذا أهمية للجماعة الدولية حتى ولو كان يجرى في إقليم دولة واحدة . وهذا القول في رأي مرفوض في النظرية الإسلامية لأن شركة الناس للماء تفترض عندى أن تكون هناك علاقة إقليمية بين من يرغب في أن يستفيد من الشيوخ وبين المياه الشائعة . فليس منطقاً مثلاً أن مسلماً في الحبشة يدعى أنه صاحب حق شائع

في مياه توجد في مكة مثلاً وإنما أصحاب السيوع في مياه مكة هم أهل مكة ، سواء أكانت إقامتهم مستقرة أم عارضة .

وهكذا نرى أن النظرية المعاصرة تلتقي مع النظرية الإسلامية في تعريف النهر الدولي . ومؤدى النظرية الإسلامية على ما قدمت — هي أن الدول تملك رقبة الأنهار التي تجري في إقليمها أما مياه تلك الأنهار فتثبت فيها بإباحة عامة للدول على التفصيل الذي أذكره فيما يلي .

النظام القانوني للأنهار الدولية :

هناك قاعدة عامة تحكم كل ما أذكر في خصوص استخدامات الأنهار تلك هي عدم الأضرار بالنهر ، فإذا ترتب على الاستخدام إضرار بالنهر كان لكل دولة أن تمنعه لأن حقوق الدول الشاطئية جميعها وإتاحة التصرف في الحق مشروطة بانتفاء الضرر .

١ - بالنسبة للملاحاة : أبرز القرآن الكريم أهمية الملاحاة في العلاقات الدولية فقال تعالى « والفلك تجري في البحر بما ينفع الناس » (البقرة / ١٦٤) . صحيح أن الآية هنا تتكلم عن الفلك التي تجري في البحر ولكني أسلفت بأن لفظة « البحر » يمكن أن ينصرف مدلولها في القرآن الكريم إلى النهر أيضاً .

كذلك قال عز وجل « أم من جعل الأرض قراراً وجعل خلالها أنهاراً » (النمل / ١٢) . فالمقابلة في الآية الكريمة تتعلق بالقرار في الأرض والمقابلة على هذا النحو تشير في تقديرى إلى أن الحكمة الإلهية شاءت أن تثنى خلال الإقليم الثابت عناصر فيه تكون جارية وسيالة فاقتضت قدرة العلى التقدير أن تكون الأرض قراراً وأن يجري خلالها أنهاراً . وجريان مياه النهر تحقق حكمة كبرى هي صلاحيته للملاحاة وكأن الآية الكريمة تقول إن الله قد خلق الأرض ليستقر فيها الناس وثنى خلالها أنهاراً لتحمل الناس من مستقر إلى آخر على هذه الأرض .

لقد كانت القاعدة في القانون الدولي المعاصر تبيح للدولة أن تغلق قطاع النهر الذي يجري في إقليمها ضد الملاحة من أعلى النهر ومن أسفله ، فلما اجتمعت الدول في مؤتمر فيينا سنة ١٨١٥ رأت أن ترتب نظاما للممرات المائية الدولية فاتفقت على أن تقوم الدول الواقعة على النهر بتنظيم الملاحة فيه عن طريق الاتفاق المشترك آخذة في ذلك بالمبادئ التالية :

أ — حرية الملاحة في مجرى النهر جميعه .

ب — توحيد الرسوم والإجراءات ..

ج — قيام لجنة دولية بالإشراف وتحصيل الرسوم .

ثم اجتمعت أربعون دولة سنة ١٩٣٦ في برشلونه ووقعت اتفاقية بشأن نظام للممرات المائية الصالحة للملاحة التي تكون بحمل اهتمام دولي . وتنص المادة الاولى من هذه الاتفاقية على أن تعتبر ممرات مائية ذات أهمية دولية كل الأجزاء التي تكون بطبيعتها صالحة للملاحة من وإلى البحر العام والتي تعبر أو تفضل — في جريانها — دولاً مختلفة . وتقبل كل الدول الموقعة حق الملاحة الحرة لسفن باقى الدول الموقعة في أجزاء الممر المائى الصالحة للملاحة والخاضعة لسيادتها . وذلك على أساس المساواة ودون تمييز بين الدول المطلة على النهر والدول غير المطلة عليه ، اللهم إلا بالنسبة للملاحة الساحلية فهذه يمكن للدولة أن تقيها لمواطنيها هي وتلك أحكام تميز النظرية الإسلامية — في تقديرى — الاتفاق عليها بين الدول .

ولكن السؤال الجدى هنا إنما يثور حول ما إذا كان هناك حق عرفى بالملاحة الحرة في الأنهار الدولية مستقلا عن الأحكام الوفاقية . إن الغالبية العظمى من الفقهاء المعاصرين ترى أن ماقدرته المعاهدة بإجازة الملاحة الحرة هو استثناء على مبدأ السيادة الخالصة ومن ثم فإنها تنكر وجود قاعدة عرفية تقر بحق الملاحة الحرة . ولكن هناك قلة ترى أن مبدأ السيادة الخالصة لا يتفق مع حقائق المجتمع الدولي ولذا ترى أن للدول النهرية حق ارتفاق بالملاحة الحرة في مجرى النهر الذى تطل عليه . فإذا اتجهنا إلى الممارسة الدولية نجد أنها عاجزة عن أن

تقدم لنا مساعدة جديده في حل هذا الخلاف الفقهي على الرغم من أن الدول
تحرص في كثير من المناسبات على تأكيد مبدأ الملاحة الحرة في الأنهار الدولية .
وفي تقديري أن الملاحة الحرة في الأنهار الدولية لم ترق بعد إلى مرتبة القاعدة
الدولية العرفية ، وتبعا فإننا لا نستطيع أن نحاج الدولة بالنسبة للملاحة الحرة في
الجزء من النهر الدولي الذي يجري بإقليمها إلا طبقا لمعاهدة أبرمتها أو لقانون
اصدرته .

أما النظرية الإسلامية فلا تعرف هذا الخلاف لأنها بمبدأ الشيوع الذي تقوم
عليه تقرر مبدأ حرية الملاحة في الأنهار الدولية كقاعدة أولية من قواعد قانون
السلام في الإسلام . فمياه الأنهار الدولية شركة بين الدول صاحباتها وتجرى
فيها سفنها بما ينفع الناس . وهكذا سبقت النظرية الإسلامية بتدويل مياه
الأنهار الملاحية وزكت مبدأ عاما بحرية الملاحة فيها دون تعليق ذلك على إبرام
معاهدة أو إصدار قانون . فلكل من الدول الشاطئية حق ارتفاق بالملاحة في
الجزء من النهر الذي يقع في أقاليم الدول الأخرى . وماتقول به النظرية
الإسلامية هو ما فشلت أقلية من الفقهاء في الاقناع به اليوم بسبب عنجهية
السيادة التي تنفخ أوداج الدول .

ب — الاستخدامات الاقتصادية الأخرى غير الملاحية :

تختلف آراء الفقهاء المعاصرين في هذا المجال ، ويمكن أن أخصها فيما يلي :

١ — نظرية السيادة المطلقة وترى أن استقلال الدول إنما يكشف عن ذاته في
استخدام مياه الأنهار استخداما حرا انفراديا إلى أكمل حد . وهذا
معناه أن الدولة يمكنها أن تستهلك مياه النهر كاملة وأن تستخدمها كما
يحلو لها دون قيد ، بل إن لها أن تغير مجرى مياه النهر ولو كان النهر يعبر
نحوها دولية . وفي إيجاز فإن هذه النظرية تماثل بين الأنهار الوطنية وبين
الجزء من النهر الدولي الذي يمر بإقليم الدولة . وتلك نظرية ترفضها
المفاهيم الإسلامية لأنها تقرر حقا خالصة لكل دولة على مياه النهر وليس
حقا شائعا ، والحق أنها نظرية ذات آثار فوضوية .

٢ — نظرية التكامل الإقليمي المطلق ، فهي تنظر إلى النهر على أنه وحدة إقليمية لا تجزئها الحدود السياسية وتفرض على الدول الشاطئية التزاما بأن تمتنع عن تغيير الظروف الطبيعية لجريان النهر وذلك حتى لا تتحكم دولة واحدة من الدول الشاطئية في مجرى النهر . وتتفق تلك النظرية مع روح النظرية الإسلامية . بيد أنها تختلف عنها في أن التكامل عندها يشمل النهر مجرى ومياها ، أما التكامل في النظرية الإسلامية فهو — كما قدمت — تكامل في المياه فحسب فالجري يظل خاضعا لسيادة الدولة المعنية وجزءا من إقليمها الثابت .

والواقع أن هذه النظرية تحاى دول النهر السفلى بالنسبة للإشراف على النهر ودوله العليا بالنسبة للملاحة في حين أنها تتصور أنها تحقق المساواة بينها .

٣ — نظرية الملكية المشتركة ويستمد أصحاب هذه النظرية سندهم من سنن الطبيعة ، ومؤداها أن النهر الذى يجرى في أقاليم عدة دول يعتبر ملكا مشتركا بينها فالنهر مجرى طبعى يضافى — بجانب تسهيلات الملاحة — حقوقا ومزايا تبعية مثل الصيد واستخدام المياه للرى أو استخراج الطاقة . ومن ثم فلا تملك دولة من الدول الشاطئية أن تحرم باقى الدول من هذه الحقوق والمزايا فمنح الطبيعة هي لخير الإنسانية وليس لدولة أن تمارس حقوقها على نحو يحرم الدول الأخرى من حقوق معادلة . وهذه هي النظرية التى تتفق مع منظور ومفهوم النظرية الإسلامية والطريف أن الأخذ بهذه النظرية يحتاج — طبقا لقواعد القانون الدولى المعاصر — إلى إبرام اتفاق بين الدول المعنية ولكنه لا يحتاج إلى ذلك في مفهوم النظرية الإسلامية .

وإذا أردت أن أطور أحكام استخدام تلك الأنهار من المستوى الوطنى إلى الصعيد الدولى أقول إن للدول الشاطئية أن تقسم الانتفاع بمياه النهر بنسبة مالها من مصلحة وهذا التقسيم يكون إما بالزمن بأن تأخذ كل دولة أياما محددة

(وهذا أنسب للدول المتقابلة) . وإما بالعداد بأن تأخذ كل دولة امتارا مكعبة من المياه معلومة المقدار — أو ما يشبه ذلك من وسائل التقسيم المختلفة (وهذا أنسب . للدول المتتابعة) .

· وجدير بالذكر أن الاستخدامات الاقتصادية غير الملاحية هي التي شغلت بال الفقهاء المسلمين القدماء حتى أنهم كانوا يفسرون آيات القرآن الكريم المتعلقة بالأنهار من هذا المنطلق ، وهذا أمر يدهشني لأن الملاحية النهرية أمر عرفت الدولة الإسلامية وكان يجري في بعض أقاليمها . وأضرب مثلاً لذلك بالآية الكريمة « وألقى في الأرض رواسي أن تبتلع بهم وأنهارا سهلاً » (النحل / ١٥) إذ نجد أن ابن كثير يفسرها من زاوية المنافع الاقتصادية غير الملاحية فحسب فيقول « وجعل فيها أنهاراً تجري من مكان إلى مكان آخر رزقا للعباد ينفع في موضع وهو رزق لأهل موضع آخر فيقطع البقاع والبراري والقفار ويخترق الجبال فيصل إلى البلد الذي سخر لأهله » (تفسير القرآن العظيم لابن كثير — كتاب الشعب ، المجلد الرابع ، ص ٤٨٢) . وفي تفسير قوله سبحانه وتعالى « الذي مد الأرض وجعل فيها رواسي وأنهاراً » يقول ابن كثير « أجرى فيها الأنهار والجداول والعيون لسقي ما جعل منها من الشمرات المختلفة الألوان والأشكال والطيور والروائح » (تفسير ابن كثير — المرجع السابق ، ص ٣٥٢) .

وإذا كان الفقه التقليدي قد اهتم بالاستخدامات المتعلقة بالزراعة والشفه وما إلى ذلك فإن مرجع ذلك هو أنها كانت هي الاستخدامات الاقتصادية المعروفة وقتئذ . ولذا فإن هذا لا يطبق علينا اليوم والقياس فيه يكون على المبدأ أصلاً . والقول عندى إن الفقه الإسلامى كان سباقاً في تقرير نظرية الملكية المشتركة بالنسبة للأنهار الدولية . فهذا — مثلاً — أبو يوسف يقول إن للناس أن يستقوا من النهر الكبير (والكبير هنا كما اسلفت يبدو أنها تعبير مقابل للدول في عصرنا) ويسقون الشفه والحافر والخف وليس لأحد أن يمنع ، ولكل قوم شرب أرضهم ونخلهم وشجرهم ولا يحبس الماء عن أحد دون أحد (الخراج

لأبي يوسف — القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٢٠٩) . وفي حديث عن الرسول ﷺ . رواه الإمام أحمد « لا يمنع أحدكم الماء مخافة الكلاء » . ويقول ابو يوسف أيضا « الفرات ودجلة يسقى منهما من شاء وتمر فيهما السفن ولا يكون فيهما شفعاء ليس كهيئتهم في الشرب » (الخراج ، المرجع السابق — ص ٢١٠) . وأود هنا أن أشير إلى أن أبا يوسف تكلم — كما أسلفت القول — عن مرور السفن في الأنهار الكبيرة فكانت منه إشارة عابرة .

إن الأحكام السالفة تفترض أن مياه النهر من الارتفاع بحيث يمكن استخدامها الاستخدام الاقتصادي المرغوب دون حبس ، فما القول لو استغل ماء النهر وكان لا يعلو للشرب أو لغيره من الاستخدامات الاقتصادية الاخرى ، ألا يجبهه ؟ .

يقول صاحبها الأحكام السلطانية — أبو يعلى والماوردى — إن للأول من أهل هذا النهر أن يتدىء بسقى أرضه حتى يكتفى منه ويرتوى ثم يجبهه من يليه حتى يكون آخرهم أرضا آخرهم حبسا . وهذا يعنى أن الأولوية هي لدولة أعلى النهر وأن دولة أسفل النهر هي آخر الدول حبسا للنهر . والطريف أن هذا القول يكرره كثير من فقهاء القانون الدولى المعاصر — وفي مقدمتهم فاتيل — حيث يرى أن النهر يحمل بحق ارتفاع لصالح الدولة الكائنة بأعلى مجرى النهر .

إن مياه النهر الدولى تعد من المشتركات العامة بين الدول . والمشاركات هي الثروات الطبيعية التى لا يأذن الإسلام لدولة بذاتها بالانفراد بها وإنما يسمح للدول جميعا بالاستفادة منها مع احتفاظ مياه النهر بصفة الاشتراك والعموم . وعلى هذا الأساس نعرف أن المصادر الطبيعية المكشوفة للمياه تخضع لمبدأ الملكية المشتركة . وإذا حازت دولة منها كمية ملكية التى احتازتها ، فلو اغترفت من النهر بآلة أصبح الماء الذى اغترفته ملكا لها بالحيازة .

فالعامل إذن هو أساس حق الدولة فيما تسيطر عليه من مياه النهر ، وأما

دخول شيء من مياه النهر في سيطرة دولة بتسرب الماء من النهر إلى إقليمها دون
 تدخل منها فلا يبرر تملكها له بل يبقى الماء على إباحته العامة ما لم تبذل عملا في
 حيازته .

وقد أسلفت أن الرأي عندى هو أن علاقة كل دولة شاطئية بمياه النهر هي
 علاقة حتى لا علاقة ملك على الرغم من أنها تملك مجرى النهر في ذاته . ولذا
 فإن كل دولة أحق بماء النهر الذى يجرى في إقليمها بقدر حاجتها لكافة
 الاستخدامات المشروعة ، فإن فضل بعد ذلك شيء وجب عليها بذله بلا
 عوض للدولة التى تحتاج إليه . وفي قول آخر فإن أى دولة لا تملك أن تمنع
 الفائض عن الدول الأخرى وذلك في الحدود التى لا تتعارض مع حقها لأن
 الدولة لا تملك المياه — بوصف أن المياه مصدر طبيعي — وإنما هى أحق بالمياه
 نتيجة لخلقها الفرصة التى اتاحت لها الانتفاع بالمياه (محمد باقر الصدر —
 اقتصادنا ، بيروت ، ط ١٩٨٢ ، ص ٤٦٦ — ٤٦٨) .

ولكن هل حق دولة أعلى النهر في حبس مياه النهر حق مطلق ؟ الواقع أن
 حق الحبس هذا ليس حقا مطلقا فقد وضعت له الدولة الإسلامية ضوابط
 تنظمه .

يقول الفقهاء إن ما تحبسه الدولة في أرضها هو إلى الكعبيين . فإذا بلغ
 الكعبيين أرسل على الدولة التالية ، وذلك لما نص عليه الحديث من أن رسول
 الله صلى الله عليه وآله قضى في مهزور وادى بنى قريظة أن الماء إلى الكعبيين ، يحبس الأعلى على
 الأسفل . « وإذا استوى اثنان في القرب من أول النهر انقسما إن أمكن فإن لم
 يمكن أجريت القرعة بينهما فيقدم من تقع له ، فإن كان الماء لا يفضل عن
 أحدهما : سقى من تقع له القرعة بقدر حقه في الماء ثم تركه للآخر وليس له أن
 يستقى بجميع الماء لأن الآخر يساويه في الاستحقاق . وأما القرعة فهى للتقديم
 في استيفاء الحق لا في أصل الحق بخلاف الأقرب مع الأبعد فإنه ليس للأبعد
 حق إلا فيما فضل عن الأقرب » (عبد الله بن عبد الرحمن الرشيد — الاموال
 المباحة وأحكام تملكها في المريعة الإسلامية ، الرياض ، ج ٢١ ، ١٩٨٤ ،
 ص ٢٠٣) .

ولكن هذا الذى جاء به الحديث إنما روعيت فيه ظروف الزمان والمكان ،
ولذا فإن القياس عليه يكون قياسا على المبدأ وليس على التفصيل لاسيما إذا كنا
بصدد وضع أحكام للعلاقات الدولية وليس للعلاقات الفردية .

ولذا فإن قدر ما يجس إنما تحدده الأعراف أو الاتفاقيات أو بتغيا قاعدة
« لا ضرر ولا ضرار » .

« وقد قيل : إن هذا القضاء ليس على العموم فى الأزمان والبلدان وإنما هو
مقدر بالحاجة وقد يختلف من خمسة أوجه :

أحدها : باختلاف الأرضين ، فمنها ما يرتوى باليسر ومنها مالا يرتوى إلا
بالكثير .

والثانى : باختلاف مافيا ، فإن للزرع من الشرب قدرا ، وللنخل
والأشجار قدرا .

والثالث : باختلاف الصيف والشتاء ، فإن لكل واحد من الزمانين قدرا .

والرابع : باختلافهما فى وقت الزرع وقبله . فإن لكل واحد من الوقتين
قدرا .

والخامس : باختلاف حال الماء فى بقاءه وانقطاعه فإن المنقطع يؤخذ منه
مايدخر والدائم يؤخذ منه ما يستعمل . فكان معتبرا بالعرف
والعادة المعهودة عند الحاجة « الأحكام السلطانية لائى يعلى ،
المرجع السابق ، ص ١٩٩) .

ومن ثم فإن لدول أعلى النهر أن تستفيد من امكانات النهر فى حدود
مقتضيات حسن النية والجوار ودون أن تتخطى كمية معينة تقدر بما تسير عليه
الأعراف الدولية أو الممارسات الجارية ، ثم تطلق باقى امكانات النهر كى تفيد
منها الدول الشاطئية التى تليها .

ويطيب لى أن أقرر أن نشاط الدولة المشروع داخل اقليمها وفى حدود
ماهو مسموح به لها دفع عنها المسؤولية عن أى ضرر يلحق بالدول الشاطئ

الآخري بسبب ذلك النشاط على أساس أن هذا نشاط مباح فيما تملك أو أنها تصرف في ملكها بمباح .

صورة خاصة لاستخدام الأنهار الدولية (الأنهار المحفورة) :

وهي ما يحتفره الآدميون في الأرض وتستمد مياهها من نهر عام أو هي ما تحتفره الدولة في أراضيها وتستمد مياهه من نهر دولي فإن استخرجت من نهر صغير نظر فإن كان ذلك ضاراً بالدول الشاطئية منع العمل وإن كان غير مضر لم يمنع . ولا تعتبر الدول بحفر هذا النهر أنها قد أحرزت الماء لأنها لم تستول عليه ولم تحتره . والماء في الأصل — قبل جريانه في النهر المحفور — مباح لإباحة عامة فضلاً على أنه مازال متصلاً بالمجرى العام إذ أن المياه تتجدد بجريانه ، ثم إن تلك المجرى لم تتخذ لحفظ المياه وإحرازه وإنما لمجرد إجرائه فيها لتوصيله إلى الأرض . لقد أوجدت هذه الاعتبارات شبهة الإباحة في هذا الماء ولذا رتب الشارع فيه عند الحاجة إباحة محدودة . إن هذه الإباحة تقتصر بالنسبة للنهر المحفور المملوك ملكية خاصة على حق الشفة وما يلحق به من أخذ الماء للاستعمال المنزلي وسقى الدواب وما إلى ذلك ، ولكن لا يثبت حق الشرب إلا بإذن صاحبه لأن في إباحة حق الشرب ضرر عظيم بصاحب الأرض إذ فيه احتمال إبطال حق صاحبه الذي أجرى الماء في ملكه الخاص . وعلى هذا لا يثبت الشرب في هذه الأنهار إلا بتقديم غير معروف أو بإذن خاص من المالك . ومعنى ذلك في أحكام القانون الدولي أن للدول الشاطئية أن تستخدم هذا النهر لاستداد حاجتها شريطة توافر اعتبارين : (١) أن يكون ذلك دفعاً لضرورة . (٢) ألا يترتب على الانتفاع إضرار بمصالح الدولة التي احتفرتة . فإن توفرت هذان الشرطان ومع ذلك منعت الدولة صاحبة النهر المحفور الدول الأخرى من الاستفادة به وكانت الدول في اضطرار إلى ذلك الاستخدام كان لتلك الدول أن تلجأ إلى القوة ، إذ مادام أن الماء غير محرز ويجري متتابعاً فهو باق على الإباحة الأصلية ، ومن منع من أخذ ماله حق في أخذه كان له أن يستخدم القوة لتأمين حقه . وذلك لما روى من أن قوماً وردوا ماء فسألوا أهله

أن يدلّوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلّوا فأبوا فقالوا لهم إن اعناقنا وأعناق مطايننا كادت تنقطع فأبوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال (هلا وضعتم فيهم السلاح) (محمد ابو زهرة — الملكية وبظرة العقد فى الشريعة الإسلامية ، القاهرة ، ١٩٣٩ ، ص ٧٩) . ويقابل هذا الحق التزام يوجب على الدول الشاطئية أن تتحرى فى استعمالها للنهر المحفور ألا يترتب على هذا الاستعمال ضرر للنهر وإلا جاز للدولة صاحبة النهر المحفور أن تمنع ذلك الاستعمال إذ لا يصح أن يضيع الحق الأصلى فى سبيل حق ثبت للضرورة ودفعاً للأذى عن الناس وسداً لحاجتهم : وفى قول آخر فإن الدول الشاطئية يجب ألا تتعسف فى استخدام حقها أو ان تسيء استعماله ، وكذا عليها أن تراعى ممارسة حقها بأقل قدر ممكن من انتهاك سيادة دولة الإقليم .

فإن كان الحافر للنهر أكثر من دولة فإن استخدامها للنهر يمكن أن يتبع واحداً من فروض ثلاثة يتحدد بها نصيب كل منها فى النهر دفعاً للنزاع وتحقيقاً للعدالة :

أ — أن تتناوب الدول على النهر لفترات متتالية تقرر بحسب عدد الدول وطبعاً كلما قل العدد كلما زادت فترة الانتفاع به ، فإن اختلفوا حول ترتيب الاستفادة كان عليهم أن يقرعوا حتى يتحدد لهم ترتيب الأول ثم من يليه ، والاقتراع حل غير شائع فى الممارسة الدولية المعاصرة على الرغم من طرافته .

ب — أن تقتسم الدول المشتركة الانتفاع بالمياه ثم تأخذ كل دولة نصيبها عن طريق استخدام الآلات أو غير ذلك من الوسائل المتاحة .

ج — أن تتفق الدول الشاطئية على طريقة أخرى للاستفادة بمياه النهر المحفور لاسيما إذا كانت مياه النهر من الوفرة والمنسوب بحيث تواجه حاجات الدول المشتركة دون مشاحنة أو معارضة .

إن صورة النهر المحفور صورة واقعية غير بعيدة عن الممارسة الدولية ولكن الفقهاء المعاصرين لم يخصصوها بالاهتمام كما فعل الفقهاء المسلمون . والحق أن هذه الصورة الخاصة من صور استخدام الأنهار لها تميزها الذى يؤهلها لأن تكون

على عناية خاصة ودراسة واضحة دفعا لما قد تثيره من خلافات أو قد تستحبه من منازعات . وإذا كان الفقه التقليدى قد عنى بالأنهار المحفورة ذات الملكية الخاصة فانه قد خلف مع ذلك أفكارا ومبادئ يسرت لنا استنباط أحكام الأنهار المحفورة التى تملكها الدول .

فرع ملحق

فى

المياه الجوفية (الآبار والعيون)

تمهيد وتحديد :

صحى العالم فى الآونة الأخيرة على إيقاع رهيب فى تزايد عدد سكانه فتقارير الأمم المتحدة تبشر بأن تعداد سكان المعمورة سوف يتجاوز ستة بلايين نسمة مع بدايات القرن الحادى والعشرين . ومن العجب أن العالم قطع شوطا طوله بليون عام كى يتجمع فوق سطح البسيطة بليون من البشر ولكن بمجلة الزمن دارت فإذا به يشهد زيادة قدرها بليون خلال قرن واحد ، بل إن البليون الأخير أضيف خلال خمسة عشر عاما . ويصل معدل زيادة السكان إلى الضعف كل خمس وثلاثين سنة . وبدهى أن يتواكب مع هذا التكاثر المذهل تدافع شديدة على موارد المياه وتنافس بالغ لاحتيازها ، فالله قد خلق من الماء كل شيء حى . وفى هذا الخضم من المشكلات تبرز أهمية المياه الجوفية ، حيث أن ٩٥% من المياه السطحية توجد فى المحيطات ولا تزيد نسبة المياه العذبة السطحية على ٢% فى حين أن المياه الجوفية تبلغ أضعافا مضاعفة لتلك النسبة . وهناك عدد لا يستهان به من الدول يعتمد أساسا فى اشباع حاجاته على المياه الجوفية فهذه اسرائيل تستمد ثلثى متطلباتها من المياه الجوفية ، وهناك دول اوروبية مثل الدانمارك وألمانيا الغربية وهولندا تقضى ثلاثة أرباع استهلاكها من المياه الجوفية ، وفى دول أخرى — كتونس وبلجيكا — نجد تسعة أشخاص من كل عشرة يعيشون على المياه الجوفية ، والأمثلة كثير .

وإن تعجب فمحب أن هذا الاهتمام الذى يعرفه للمياه الجوفية جمهور العلماء لا يواكب اهتماما مثالا من معظم الفقهاء فالعلماء يجدون ويكشفون والفقهاء يغطون في النوم ولا يفيقون . كذلك تشح الممارسات الدولية في تزويدنا بوثائق أو سوابق تسهم في تكوين أو استنباط قواعد وأعراف دولية تستقر في هذا المقام .

والطريف أن القلة من المعاهدات التى أشارت إلى المياه الجوفية ذكرت في صورة آبار وعيون ، فذلك مثلا ما فعلته بريطانيا وفرنسا في اتفاقية سنة ١٨٩٨ بشأن الحدود بين تشاد وجيبوتي وفي اتفاقية سنة ١٩٢٣ عن الحدود السورية الفلسطينية ، وذلك أيضا مائة . وفاق الحدود بين البرتغال واسبانيا سنة ١٩٢٦ ، وهكذا .

فإذا استقرنا التاريخ نجد أن الصين هي أول حضارة أولت رعاية لتنظيم المياه وترتيب استخداماتها بيد أنها صرفت جل همها إلى المياه السطحية . أما الرومان — وعندهم أخذ الأوروبيون في العصور الحديثة — فيوحدون بين المياه والأرض ويجعلون مالك الأرض هو مالك ما بها من موارد مائية ، فلا غرو أن ينقل الأوروبيون — وهم أرباب القانون الدولى الحديث — أن ينقلوا نظرة الرومان هذه إلى القانون الدولى المعاصر فيؤكدون للدولة سيادة خالصة على الموارد المائية التى تكمن في إقليمها .

ومن قبل جاءت الحضارة العربية — متأثرة إلى حد بعيد بالأفكار البابلية — لتضع تنظيمها يتناول المياه الجوفية . ولا أغالى — إزاء تلك الحقائق — إذا قلت إن الفكر الإسلامى هو الذى أהלّ على العالم بتفصيل محكم وتقنين متكامل للمياه الجوفية .

والواقع أن اهتمام الجماعة الدولية بالمياه لا يرجع إلى عجز في تلك المياه بقدر ما يرجع إلى عدم التعادل في توزيعها ، فهى تفيض في مناطق وتنضب في أخرى . ثم إنها قد توجد ولكن على اغوار قد تتجاوز ٧٥٠ مترا تحت سطح

البحر في بعض الأماكن . وقد أشار القرآن الكريم إلى منة الله على عباده بالمياه الجوفية فقال تعالى « وأنزلنا من السماء ماء بقدر فأسكنناه في الأرض وإنا على ذهاب به لقادرون » (المؤمنون / ١٨) .

«ماذا يقول المسلمون (أخرج منها ماءها ومرعاها)

تكلم الفقهاء المسلمون عن أحكام المياه الجوفية التي يصل إليها الإنسان بالاحتفار أو بالاستنباط ، أى مخفر بئر أو استنباطها من عين . وتوقع الفقهاء أن المياه الجوفية مياه تجري من مكمن جوفى فأروا أن يضموا ملكية المكمن إلى ملكية البئر أو العين ولكن في حدود الحاجة . فقرروا لكل بئر أو عين حريماً — هو القياس السطحي للمكمن الجوفى — يختلف باختلاف الاستخدام الذى تخصص له المياه . وأغلب الظن عندى أن ملكية المكمن هى الاعتبار الأول الذى وضعه الفقهاء في حسابهم عندما أدلوا بآرائهم في أحكام الآبار والعيون ولذلك درستها تحت عنوان « المياه الجوفية » . ذلك أننا لو افترضنا جدلاً أن مياه البئر أو العين لا تعدو الكمية التى نحد بها البئر أو العين وأنه بنفاد هذه الكمية تجف البئر أو العين لكان معنى ذلك أننا نتعامل في كمية محدودة من المياه لا تستأهل الجهد الفقهي الجاد ولتعلق الأمر بمستمتع من الماء وليس ببئر . ولكننا نتعامل مع مياه تتجدد على الدوام بما يحتويه المكمن الجوفى من كميات .

وبدهى أننا نستطيع اليوم — مع الإبقاء على الفكرة التقليدية وهى الحاق ملكية المكمن الجوفى بالمياه السطحية — أن نقدر حريم البئر أو العين أى مكمنه بالوسائل التقنية الحديثة بدلاً من التقدير الجزائى الذى لجأ إليه الفقه التقليدى بل نستطيع أن نحدد علاماته . ويعرض الماوردى لأحكام البئر وأحكام العين . أما عن البئر فيقول إن لحافرها ثلاثة أحوال :-

١ — أن يحتفرها للسابلة فيكون مأوها مشتركاً وحافرها فيه كأحدهم . ويشترك في مائها إذا اتسع لشرب وسقى الزرع فإن ضاق عنهما كان شرب الحيوان أولى به من الزرع ويشترك فيها الآدميون والبهائم . فإن ضاق عنهما كان الآدميون بمأئها أحق من البهائم .

٢ — أن يحتفرها لارتفاق بمائها . كالبادية إذا انتجعوا أرضا وحفروا فيها بئرا وشربت فيها مواشيهم كانوا أحق بمائها ما اقاموا عليها في نجعهم . وعليهم بذل الفضل من مائها للشاربين دون غيرهم . فإذا ارتحلوا عنها صارت البئر سائلة . فإذا عادوا إليها بعد الارتحال كانوا وغيرهم فيها سواء ويكون السابق إليها أحق بها .

٣ — أن يحتفرها لنفسه ملكا . فما لم يبلغ بالحفر إلى استنباط مائها لم تستقر له ملكية عليها وإذا استنبط ماءها استقر ملكه عليها لكدال الإحياء . وإذا استقر ملكه على البئر وحريمها فهو أحق بمائها . فإن فضل منه فضل أزمه بذلك للشارب من أربساب المواشي والحيوان . واختلف في بذله للزرع فمنهم من قال لا يلزمه ومنهم من قال يلزمه .

وأما العيون فيقسمها بالماوردي ثلاثة أقسام :

١ — أن يكون مما انبع الله ماءها ولم يستنبطه الآدميون ، فحكمها حكم ما أجراه الله من الأنهار .

٢ — أن يستنبطها الآدميون فتكون ملكا لمن استنبطها ويملك معها حريمها وهو خمسمائة ذراع .

٣ — أن يستنبطها الرجل في ملكه فيكون أحق بمائها كشرب أرضه فإن كان قدر كفايته أفلا حق عليه فيها الا لشارب مضطر . وإن فضل عن كفايته وأراد ان يحبي بفضله مواتا فهو أحق به لشرب مآحياء . وإن لم يرد له موات لزمه بذله لارباب المواشي دون الزروع . (الأحكام السلطانية — مرجع سابق ، ص ٢٠١ — ٢٠٦) .

والذى يعينى الآن هو مدى قابلية ماخلفه الفقه التقليدى فى المياه الجوفية من أحكام داخلية لأن يصبح أحكاما دولية ، وهل يمكن أن نترجم مأوجزته فيما سلف بلغة القانون الدولى الإسلامى ؟ .

إن الغاية الأساسية — فيما أرى — من أحكام مياه الآبار والعيون هي تنظيم الاستفادة بالمياه الجوفية وقد تحقق ذلك بالعلاقة التي أقامها الفقهاء بين مياه السطح لتلك الآبار والعيون وبين جوف المكمن الذي تستمد منه البئر أو العين ماءها ، وذلك بتوفير منطقة من الحمى لكل بئر أو عين أسموها حريم البئر أو حريم العين .

ولعل الملاحظة الأولى التي لاتفوت على الباحث هي أن الفكر الغربي والممارسات الدولية الحديثة قد تقف أثر النظرية الإسلامية في الربط بين المياه السطحية والمياه الجوفية والاشارة إلى المياه الجوفية — كما أسلفت — في صورة آبار وعيون .

إن ماقدمته في النظرية الإسلامية ينتهي إلى التعليق بأن الفقه الإسلامي استشرف الاقتتال على المياه لا سيما في المناطق الجرداء القاحلة وتوقع ماقد يسفر عنه ذلك من شحناء وبغضاء فوضع القواعد التي تضمن عدم التنازع وتؤمن الحقوق بلا تكالب فاهتم بأن يلحق بمياه السطح قدرا من مياه الجوف يوفر للمستفيد حاجته ولا يمنع على الغير اشباع ضرورته . ومن هذا المنطلق أرى أن الفقه حرص فيما خلفه لتأمين أحكام الأنهار على تأكيد المعاني التالية :

١ — حقوق الجماعة في المياه الجوفية فقد جعل هذه الحقوق ارتقاقا على اية ملكية خاصة للمياه الجوفية . ولذلك نجد أن المياه الجوفية ملك عام للدولة في بروني وأن احتفار الابار (الفانات) في إيران رهن بإذن السلطة .

٢ — من يختار تلك المياه عن طريق احتفار بئر أو استنباط عين لا يملك المياه الجوفية مطلقة وإنما تكون له حقوق افضلية في استخراج مائها تقف عند حد استداد حاجته واشباع رغبته دون أن يمنع فائضه على المحتاج أو من كان في محمصة . ولذلك قرر الرسول ﷺ للناس جميعا حقا مطلقا بالشرب لا يستطيع مالك البئر أو العين أن يرد طالبه من فائض الماء .

- ٣ — ترتيب أهمية استخدامات المياه الجوفية بحيث تبدأ بشرب الآدميين ثم البهائم ثم سقى الزرع .
- ٤ — جعل الأرض تابعة للمياه على عكس المفهوم الغربى الرومانى الذى يجعل المياه تابعة للأرض ، ولذلك اتفق الفقهاء على أن ملكية البئر أو العين تستجر ملكية امتداد معين من الأرض .
- ٥ — اهتم الفقه بمفهوم المورد البديل للمياه وكان لهذا المفهوم أثر هام فى تنظيم المياه الجوفية . وقد خلقت هذه الأحكام الاساسية عمادات وأعرافا كانت محل احترام على مر الايام .
- وقد أحسنت مجلة الأحكام العدلية فى تقنين المفاهيم الإسلامية للمياه الجوفية طبقا للمذهب الحنفى على النحو التالى : — .
- ١ — المياه الجوفية اللازمة للجماعة تعتبر ملكية عامة ولا تباع، وتطم الآبار التى يكون مالکها مجهولا (م ١٢٣٥) .
- ٢ — يجوز لمن يملك بئرا فى أرضه أن يمنع أى شخص من أن يتنكب حرمة بقصد الشرب مالم يكن هناك مورد عام آخر للشرب . وحریم البئر ملك خاص لمالك البئر ولا يجوز لأى شخص أن يهيمن عليه بأية صورة كانت . فإذا حفر المرء حفرة فى حریم غيره جاز لمالك الأرض أن يطمها ولا يجوز لحریم بئر جديدة أن يتعدى على حریم بئر سابقة (م ١٢٨٧) .
- ٣ — إذا حفرت بئر خارج حریم بئر أخرى وسالت مياه البئر القديمة إلى البئر الجديدة فلا ضير فى ذلك ، ومن يحفر فى ملكه بئرا لا يكون لبئر حریم . ومن ثم فإن الجار يستطيع أن يحفر بئرا مجاورة فى ملكه ولا يملك صاحب البئر الأولى أن يمنعه ولو كانت تستجر ماء بئر حریم . (م ١٢٩١) .

وجدير بالذكر أن أحكام النظرية الإسلامية بالنسبة للمياه عموما والمياه الجوفية على وجه الخصوص ليست قاصرة على المسلمين وإنما يخاطب بها الإنسان وتغيا الإنسانية جمعاء فهي حقوق لكافة البشر (انظر Ludwik A., Telcalf and Albert Euiton-International Groundwater Law, Oceand Publications, 1981, p.. 34).

وعلى الرغم من أننا لا نستطيع أن نقول إن أحكام القانون الدولي المعاصر قد تبلورت في شأن المياه الجوفية إلا أننا يمكن أن نحدد ملامح الاتجاهات الرئيسة فيما يلي :

١- هناك اتجاه يذهب إلى أن الدولة تتمتع على إقليمها بسيادة مطلقة وانها تمارس هذه السيادة على ما يحتويه الإقليم من مياه جوفية ، وتبعا للدولة بحرية استخدام مياهها الجوفية كما يحلو لها بغض النظر عن أثر ذلك على إقليم الدولة المجاورة . ويطلق البعض على هذا الاتجاه مسمى « مذهب هارمون Harmon » نسبة إلى هارمون المدعي العام الأمريكي الذي دافع عن هذا الرأي سنة ١٨٩٦ في نزاع مع المكسيك حول نهر (أوريو) جراندى .

٢- وهناك من يرى رأيا مقابلا لما أسلفت فيذهب إلى أن مكمن المياه الجوفية - بسبب السيولة الطبيعية - هو جزء من إقليم الدولة وتبعا فلا يجوز أن تقوم دولة يمر تحت إقليمها بإعاقة هذه السيولة ولا أن تتحكم فيه وحدها وإلا كان هذا انتهاكا لوحدة المكمن الإقليمية . وطبقا لهذا الاتجاه فإن دولة المكمن العليا يمكن أن تستفيد استفادة معقولة من المياه التي توجد بإقليمها رهنا بآلا تغير من سيولته الطبيعية في إقليم دولة أخرى .

ويؤخذ على هذين الاتجاهين أن تطبيق أى منهما على المياه الجوفية لا يقدم أحكاما مناسبة لحل المشكلة . فالأول يغرق في الاستقلالية والثاني ذو سمة فوضوية ، وفي كلا الاتجاهين ترتفع المصالح الذاتية والأناية إلى مستوى

المبادئ القانونية . ولذا برزت اتجاهات أخرى تتوسط بين هذين الاتجاهين المتغاليين وتنطلق من مدرك السيادة الإقليمية المحدودة على الموارد المائية المشتركة من حيث أن ممارسة كل من الدول المعنية لسيادتها على المورد المائي يمكن أن يوفق بين المصالح المتضاربة . ولعل أهم هذه الاتجاهات التوفيقية هي :-

١ - نظرية التوزيع المقسط أو المصالح الجماعية وتقوم على أن المياه الجوفية إذ تتحدى بطبيعتها الحدود السياسية تعتبر وحدة اقتصادية بغض النظر عن الحدود السياسية وتبعا فإن مياه المكن تعود إلى الدول المتعلقة عليها . ولهذا النظرية ميزة أنها تفرض نوعا من التعاون بين الدول ذوات المصلحة وتكافلها في تطوير متكامل للمكن ..

٢ - نظرية الاستخدام المقسط ، وتسعى تلك النظرية إلى تقويم المصلحة التي تعود إلى كل دولة بالمقابلة لما قد يصيب الدول الأخرى من أضرار ، وتأخذ في ذلك ما يسمى بقواعد هلسنكي . وتقوم تلك القواعد على العناصر التالية :

أ - جغرافية الحوض ب - العلاقة بين مياه السطح ومياه الجوف ج - الاستخدامات السالفة لمياه المكن د - الحاجات الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة متعامدة على المكن ه - مقارنة نفقات الوسائل البديلة لإشباع حاجات الدولة ومدى توافر موارد أخرى . و - تجنب التبريد الذي لا يمرر له . ز - مدى فعالية التعويض ح - الاتفاقيات المسبقة بين الدول المعنية .

ولعلنا نلاحظ مدى التقارب بين هذه الاتجاهات والنظريات وبين النظريات التي أسلفتها بشأن المياه السطحية التي تجرى بها الأنهار . بيد أننا لا نتكلم هنا عن مبادئ قانونية حظيت باعتراف دولي بالمعنى الصحيح وإنما نعرض لتصورات تنسيقية أو تفسيرية نستمدّها من سلوك بعض الوحدات الدولية .

والآن أين تقف النظرية الإسلامية بين هذا الجدل الفقهي ؟. أرى ان
الإجابة على هذا السؤال تقتضى منا أن نبدأ أولاً بتفهم مدرك « الحريم »
وتحديد الأحكام الخاصة به .

والحريم هو ماتمس الحاجة إليه تمام الانتفاع بالمعمور وإن حصل أصل
الانتفاع بدونه . وللحريم أنواع اختلف الفقهاء في أمرها ، فهناك من ذهب إلى
تحديد هذا الحريم بمسافات تقاس بالذراع وتتراوح بين ٢٥ ذراعاً وتصل إلى
خمسمائة ذراع . وهناك من قدر الحريم بالقدر الذى يحتاجه صاحب البئر أو
العين للانتفاع بها ولا يستضر بأخذه منها . بل إن فريقاً ثالثاً ترك تحديد الحريم
لحكم العرف ، وذهب فريق رابع إلى أن الحريم هو ماتحتاج إليه فى ترقية مائها
عنها فإن كان بدولاب فقدر الثور وإن كان بساقية فتعد به طول البئر ، ولكن
ما الحكم لو إن السقى — كما هو الآن — أصبح بآلة ميكانيكية . الحق أن
هذه التقديرات الجرافية تتفق مع المعرفة العلمية التى توفرت للمسلمين وفقهائهم
وقتشاً بالنسبة لقياس حجم المكامن المائية الجوفية وتقويم حاجة صاحب البئر أو
العين من تلك المياه بحسب نوع الاستخدام الذى يحتاج فيه إلى ماء البئر أو
العين . ولكننا نستطيع اليوم بفضل ماتوصلنا إليه من تقانة أن نقدر حجم
المكمن بدقة وأن نرسم علاماته على الأرض فى مواقعها الصحيحة ، وتبعاً
احتساب مقدار مايخصص منها لصاحب البئر أو العين بالنسبة لاستخدام
بذاته ، فيكون ذلك أساس تحديد أبعاد حريم البئر أو العين على اليابسة . وإذن
فحق الدولة فى حرّيم بئر 'احتفرتها أو عين استنبطتها' لمائها يمكن تحديده وبيان
علاماته على هدى من الحقائق العلمية التى تكشف عنها التقانة الحديثة بالنسبة
للمكمن المائى المعنى . ويحدد حق الدولة فى الحجم الذى جرى به العرف
الدولى فى مثل الحالة المبحوثة ، فإن لم يكن هناك عرف تحدّد بمقدار حاجة
صاحب البئر أو العين للانتفاع بالمياه انتفاعاً مجدياً . ويمكن أن يكون هذا هو
التطبيق العصرى للحديث الذى جاء فى سنن ابن ماجه والقائل « حريم البئر
بشأنها » .

ولذا لا أرى داعيا لأن اشئت فكر الباحث بذكر المسافات المتعددة التي قال بها الفقهاء — على اختلاف بينهم في هذا الخصوص .

ولكن كيف نحدد حق الدولة أصلا بالنسبة لبئر ماء أو عين بذاتها ؟

إن القول عندى إن الأحكام التي قال بها الفقهاء عن البئر التي تحفر في الأرض أو العين التي تستخرج في الأرض الموات يطبق في القانون الدولى على البئر التي تحفر أو العين التي تستخرج في إقليم لا سيد له . ومن ثم فإن للدولة التي تحفر بئرا أو تستخرج عينا في إقليم لا سيد له أن تمتد بسيادتها على جزء من رقعة ذلك الإقليم بما يتفق والحجم الذى تحتاجه من مكمّن الماء الذى يمد البئر أو العين لأن الأرض في القول الذى اعتمدته في النظرية الإسلامية تتبع في حكمها — كما اسلفت — حكم المياه الجوفية التي تسفلها . ومن ثم فإن المياه الجوفية هنا تعد صورة من صور رِضْع اليد التي تكسب الدولة الحافرة أو المستخرجة ملكية الإقليم استنادا إلى الحفر أو الاستخراج ويسرى ذلك على حالة حفر بئر نضبت بتجديدها وعمارتها .

يبد أن احكام الانتفاع بمياه البئر أو العين تتوقف على مقصود الدولة من حفر البئر أو استنباط ماء العين .

فإن كانت قد حفرت البئر لانتفاع جميع الدول بها فإن حكمها يكون حكم البئر التي حفرت للسابلة ، وإن كانت قد حفرتها لتختص هى بها فإن حكمها يكون حكم البئر التي حفرت لارتفاع الحافر بها . وقد اسلفت تلك الاحكام في بداية هذا المبحث فلا داعى لتكرارها هنا .

أما العين التي تكون في إقليم لا سيد له فهي بين أن تكون مما أنبع الله تعالى ماءها ولم تستبطنها الدولة وهذه حكمها — كما قلت — حكم ماأجراه الله تعالى من الأنهار ، وبين أن تستبطنها الدولة ، وعندئذ تكون ملكا للدولة التي استبطنها وتملك معها حريمها ، وللدولة سوق مائها حيث تشاء وكل ماجرى فيه ماؤها ملك وحريم لها . (صاحب البئر عند الشافعى والقاضى لا يملك حريم البئر) .

ومادام الأمر كذلك فإنه لا يجوز لدولة أخرى في نطاق ما للبئر أو العين من حریم أن تحفر بئرا أو عينا أخرى فإن فعلت كان للدولة الأولى أن تطعم البئر أو العين ، أى تغلقها . أما إذا جرى الحفر أو الاستنباط خارج ذلك الحریم فإن الرأى الذى اعتمده هو جواز ذلك ولو ترتب عليه التأثير على مياه البئر أو العين الأولى . ولمالك رأى مخالف فهو يرى تقرير الأفضلية للبئر الأولى ويقول إذا نصب الماء إلى البئر التالية أو تغير بها منع منها وطمست . وكأنى بالنظرية الإسلامية تأخذ في خصوص الآبار والعيون التى تكون في إقليم لا سيد له — على ما أرجح — بمذهب التوزيع المقسط للمياه .

أما إذا كان الحفر أو الاستخراج داخل إقليم الدولة وكان المكنم الجوفى ممتدا إلى خارج حدود الدولة في إقليم الدولة المجاورة ، فإن السؤال هو هل يمتد حق الدولة كذلك في الحریم إلى خارج اقليمها بامتداد ذلك الممكن ؟ إن بعض مآقاله الفقه التقليدى يمكن أن يفهم على أن حق الدولة يتبع المكنم ولو في إقليم الدولة المجاورة وتكون المياه شركة بين الدولتين ، فقد نقل يعقوب بن بختان عن أحمد أنه سئل عن رجل له أرض ولآخر ماء فقال صاحب الأرض لصاحب الماء سقى ماءك إلى أرضى والزرع بيننا قال : لا بأس به فقد أجاز الشركة في الماء لأن الشركة هنا معارضة بالماء لما يحصل له من زرع . ولكن المشكلة تثور حقا عندما تحفر الدولة المجاورة بئرا في إقليمها فيترتب على ذلك إضرار بالبئر الأولى ، وفي هذا رأيان :

• رأى يقول لا تسد هذه من أجل تلك ، فهذه في ملك صاحبها ، وهذا هو الرأى الذى أخذت به مجلة الاحكام العدلية وهو رأى يتفق مع نظرية السيادة المطلقة حيث يكون لكل دولة الحق في أن تتصرف في الشطر من المياه الجوفية التى في إقليمها دون اعتبار لمصالح الدولة المجاورة . وكان أبو سفيان يقول يحدث الرجل في حده ماشاء. وإن اضر ذلك بجاره لأنه لا حریم للآبار في الأمصار وإنما ذلك في البوادي والمقارز .

• ورأى يرى أنه لا يجوز للدولة المجاورة أن تحفر بئرا إلى جانب البئر الأولى . وقد صرح به في رواية الميمونى فقال عن الشعبي إنه حدث في قاض قضى بين

رجلين لكل واحد منهما بستان إلى جانب صاحبه فاحتفر أحدهما في بستانه بئرا فساق ماء بئر بستان جاره فقضى أن تسد بئر هذا فإن رجع مأؤه فذاك وإن لم يرجع كلف أن يخرج ما ألقى في بئر جاره فقال الشعبي أصاب القضاء وأعجب أحمد قضاؤه وهو اختيار أبي بكر . وذلك رأى يتفق مع نظرية التكامل الإقليمي غير المحدد التي تمنع على الدولة الغير أن تعوق سيولة مياه المكن داخل الدولة الأولى . وهذا يتفق مع الحديث الشريف « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له » . (الجامع الصغير بشرح المقرئ - ج ٢ ، ص ٣٢١) .

يبد أننا إذا انعمنا النظر في الآراء الفقهية نجد أن اختصاص الدولة بمياه البئر أو العين في إقليمها يعطيها حقا خالصة في أن تستفيد بمياه البئر أو العين في اشتداد حاجاتها وإشباع مصالحها وذلك على سبيل الأفضلية . والتقدم على غيرها فإن فاض عن حاجتها فائض فإنها لا تستطيع أن تمنعه على الدول المجاورة . ومن ثم فإن حفرت الدولة المجاورة بئرا أو استنبطت ماء عين فإن لها أن تستخدمها في حدود ما يفيض على حاجة الدولة الأولى . وإذن فمجرد نقص الماء في البئر أو العين الأولى لا يعتبر سببا في ذاته لأن نظم البئر أو العين الثانية وإنما تحقق الضرر فعلا هو الذي يترتب الحق في إغلاق البئر أو العين الثانية أو اجبار الدولة على ألا تستغل البئر أو العين فيما يمس مصالح الدولة الأولى . وتلك نتيجة تتفق مع المبدأ العام وهو تبعية الأرض للمياه ، ذلك أن الدولة الأولى بحفرها للبئر أو استخراجها لماء العين قد امتدت بحقوقها على المكن ولو كان مشتركا مع دولة أخرى وتقرر لها بذلك حق أفضلية على مياه ذلك المكن المختزنة في أرض الدولة المجاورة وفي تقويم حدود هذه الأفضلية يقاس حق الدولة الثانية في استغلال المكن . وفي قول آخر فإن المكن يرد عليه حق أفضلية للدولة الأولى وحق ارتفاق بالفائض للدولة الثانية .

يبد أن الدول يجب ألا تتعسف في استعمال حقها وتتقى الله ربها فقد قال سبحانه في حق من دخل جنته وهو ظالم لنفسه « أو يصبح مأوها غورا فلن تستطيع له طلبا » (الكهف / ٤١) .

الفصل الثانى

فى

أحكام البحر

مبحث تمهيدى

فى

أفكار عامة

البحر فى لغة العصر :

البحر — فى لسان العرب — هو الماء الكثير أجاجا كان أم فراتا . ولذا نجد المعنيين فى الأدب العربى ، فهناك من أسمى المياه العذبة بحرا وهناك من قصر البحر على الماء المالح . وقد نلاحظ أن القرآن الكريم أقر المعنيين معا كما فى قوله عز وجل « مرج البحرين هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج » (الفرقان / ٢٥٣) . ولعل الوحى الكريم قصد بهذا الازدواج فى المعنى تبيان إعجاز القدرة الإلهية حيث تلتقى مساحات من الماء فى بحر ولكن شطرا منها عذب والآخر ملح فهو من شقين يتمايزان من حيث الخصائص والصفات .

وقد استقر — فى مدرج القانون — مصطلح البحر على البحر المالح فكانت الملوحة سمة من سمات البحر بمقصوده القانونى . بيد أن الملوحة لا تكفى لوصف المسطح المائى بأنه بحر قانونا إذ يشترط الفقهاء أن يكون سطح الماء كبيرا . ومن ثم فإن كثرة المياه سمة أخرى من سمات البحر — فى لغة القانون . وإلى هذه الكثرة تشير الآية الكريمة « قل لو كان البحر مدادا لكلمات ربي لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربي » (الكهف / ١٠٩) والإشارة هى فى أن كثرة المياه كانت هى المعيار الذى اعتمدت عليه الآية فى بيان كيف أن كلمات الله لا تنفد .

وهناك من الفقهاء من يشترط إلى جانب الوصفين السابقين — الملوحة والكثرة — وصفا ثالثا هو أن تكون مسطحات المياه وحدة جغرافية متكامل في اتصال طبيعي .

وعندى أن اصطلاح « البحر » يجمع عمود الماء وما يسفله من تربة ، وفي فهمي أن هذا ايضا هو المعنى القرآنى للمصطلح . ذلك أن الله تعالى يقول « مرج البحرين يلتقيان بينهما برزخ لا يبغيان فبأى آلاء ربكما تكذبان ، يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان » (الرحمن / ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢) . ذلك أن الآية تشير إلى أن اللؤلؤ والمرجان يخرجان من البحر . فدللت بذلك على أن مصطلح « البحر » ينصرف إلى القاع كما ينصرف إلى اليم لأن اللؤلؤ والمرجان يوجد في قاع البحر وليس في عمود الماء .

والحق أن أحكام البحر كانت واحدة بالنسبة للسطح والقاع وقتما كان القاع لا يمثل أهمية جدية للجماعة الدولية بسبب تواضع المعرفة الإنسانية التي لم تكن تسمح إلا بقدرات محدودة للاستفادة بقاع البحر — وفي أماكن قليلة — عن طريق صيد اللؤلؤ والمرجان والإسفنج والعنبر . فلما ارتقت التقانة وفتح التقدم العلمى مناحى في قاع البحر كانت دون قدرة الإنسان كان لابد من أن تواجه الأوضاع الجديدة بما يتفق معها من أحكام ، ومن هنا بدأت قواعد القانون الدولى تفرق في الحكم بين سطح البحر وقاعه ولكنها ظلت جميعا — مع هذا التمايز — تدور في فلك عام واحد هو فلك القانون البحرى . ذلك أن القانون الدولى البحرى ، هو الذى ينظم الأحكام بالنسبة للسطح والقاع . بيد أنه قد يوحد تلك الاحكام بالنسبة لشطرى البحر هذين أحيانا وقد يغاير بينهما أحيانا . ذلك أن البحر الذى تعتبر وحدته الجغرافية شرطا لإضفاء المسمى عليه إنما ينشطر إلى أقسام لكل قسم منها أحكام . وفي هذه التقسيمات قد يكون للسطح حكم وللقاع حكم آخر . ولا أريد هنا أن أخوض في الخلاف الفقهي حول الأقسام التى يمكن أن ينقسم اليها البحر بعد أن حسمت اتفاقية مونتيجو هذا الخلاف بتقسيمات أقرتها . وينقسم سطح

البحر — في أحكام تلك الاتفاقية — إلى مياه داخلية ومياه ساحلية ومنطقة متاخمة ومنطقة اقتصادية وبحر عال . أما قاع البحر فينقسم إلى قاع للمياه الداخلية ، وآخر للمياه الساحلية ، وثالث للمنطقة الاقتصادية ، ورابع هو الإفريز القارى الذى قد يتطابق مع قاع المنطقة الاقتصادية وقد يتجاوزه فيمتد تحت مياه البحر العالى ، وخامس هو منطقة التراث المشترك . وهكذا نجد أن البحر الداخلى والساحلى والمنطقة الاقتصادية تتوحد فيها الأحكام بالنسبة للسطح والقاع أما المنطقة المتاخمة والبحر العالى فإن أحكام السطح فيهما تختلف عن أحكام القاع . وعندما أتكلم عن القاع أقصد تربة البحر والتحتربة .

ويؤسفنى أن أشير هنا إلى أن الفقه العربى — على خلاف الفقه الغربى — لم يستقر على كثير من التعبيرات بالنسبة لأقسام البحر المختلفة . ويقف اللسان العربى المبين الذى نظلمه حائرا أمام هذا الخلاف ، فنجد مثلا أن الفقه الغربى يستعمل اصطلاحا واحد هو Continental shelf فى الانجليزية ومصطلح plateau continental فى الفرنسية مقابل أكثر من خمسة تعبيرات فى الفقه العربى لهذا المصطلح ، فمنهم من يقول الرصيف القارى ومنهم من يقول الهضبة الساحلية وفريق ثالث يستخدم تعبير « الجرف القارى » ورابع يتمسك بمصطلح « الامتداد القارى » . ولو أن المختلفين أنصفوا لانتهوا إلى تعبير واحد ذلك أن الذين قالوا بالرصيف القارى إنما يتأثرون بالتعريف الجيولوجى الذى عفى عليه الزمن فى الدراسات القانونية ويعد تماما عن مفهوم المنطقة المقصودة فى أحكام القانون الدولى المعاصر ، والقائلون بتعبير « الهضبة الساحلية » إنما أرادوا ترجمة المصطلح الفرنسى ولكنها جاءت ترجمة بعيدة عن الدقة . أما الجرف القارى ، وهو التعبير الذى يلقى قبولا لدى جمهور الفقهاء واختارته اتفاقية مونتيجو فتعبير يتكرر للغة العربية لأن القائلين به لم يكلفوا أنفسهم عناء البحث عن المعنى اللغوى للتعبير ، ذلك أن الجرف لغة هو السهل الذى يجرى الماء من تحته ومن ثم فإن الماء يجرفه — فهو جرف — ولذا فهو بطبيعته يوشك أن ينهار ، وإلى هذه الحقيقة تشير الآية الكريمة « أم من أسس بنيانه على شفا

جرف هار فانهار به » (التوبة / ١٠٩) . فيكف يطلق التعبير إذن على منطقة يعلو فيها الماء اليابسة ولا يسفلها . وهكذا قلب أصحاب هذا التعبير الحقيقة العلمية رأساً على عقب ورضوا بما وجدوا عليه أباءهم من خطأ مخزن . بقى الامتداد القارى وهذا ما عرفت عنه لأن الامتداد القارى يختلف عن المنطقة المقصودة ولذلك يعبر الفقه الغربى عن الامتداد القارى بمصطلح epicontinental ، أما مانحن بصدده فله مسمى آخر كما أسلفت . لكل هذا انتهيت إلى اقتراح تعبير عربى يتفق معناه اللغوى مع مقصوده القانونى ويتجنب المثالب التى تعيب المصطلحات الأخرى ، ذلك هو مصطلح « الإفريز القارى » .

كذلك فإنى أرى — فى تقسيم سطح البحر — أن نحسن استخدام المصطلحات ولذا فإنى اقتراح استخدام التعبيرات التالية :

١ — المياه الوطنية ، وتشمل المياه الداخلية والبحر الساحلى لأن كليهما يخضع للسيادة الوطنية للدولة . وهذا يخالف ما يذهب إليه الجمهور من إطلاق « المياه الوطنية » على المياه الداخلية فحسب .

٢ — البحر الساحلى بدلا من البحر الشاطيء أو البحر الإقليمى . ذلك أن الساحل هو حد البحر أو النهر أما الشاطيء فقد يكون للوady وقد يكون للبحر ، وفى ذلك يقول القرآن الكريم « فليقله اليم بالساحل » (طه / ٣٩) أى ساحل البحر . ولكنه لم يقل ساحل البحر لأن الساحل لا يكون إلا للبحر .

ويقول « فلما أتاها نودى من شاطيء الوادى الأيمن فى البقعة المباركة » (القصص / ٣) وكأن التنزيل الكريم قد فضل الشاطيء بالنسبة للوady ثم إنه أورد لفظة « الوادى » بعد لفظة « الشاطيء » لتحديد المقصود من الشاطيء .

أما البحر الإقليمى فتعبير قد تكون له مبرراته فى أوائل ظهور القانون الدولى إذ هو بذلك يدل على منطقة من البحر تخدم إقليم . أما

اليوم وقد تجاوزت منطقة البحر التي تخدم الإقليم هذا الحزام فامتدت إلى المنطقة المتاخمة ثم المنطقة الاقتصادية فلا يبق إلا التعبير الأكثر دقة وسلامة وهو الذى اخترته أى « البحر الساحلى » .

٣ — كذلك أفضل استخدام مصطلح « البحر العالى » لأن تعبير « البحر المفتوح » ليس دقيقا ، ذلك أن البحر الساحلى أيضا يمكن أن يعد بحرا مفتوحا من حيث انه مفتوح للمرور البرىء ، كما أن تعبير البحر العام لا يعنى مدلولاً قانونياً محددا . والحق أن الفقه الغربى يكاد يجمع على استخدام تعبير high sea وهو التعبير الذى أرجح مقابله باللغة العربية .

إن قصور النظرية الإسلامية التقليدية عن أن تناقش أحكام البحر بأقسامه المتعددة التى أشرت إليها آنفا له مبرره ، ذلك أن تلك التقسيمات لم تعرف فى العلاقات الدولية إلا فى العصور الأخيرة . ولعل بداياتها الأولى كانت مع الخلاف الذى دار بين جروسىوس وسلدن حول حرية البحر وإغلاقه . وذلك جدل سبق فيه الفقه الإسلامى عندما ناقش قبل عصر الفقيهين الغربيين بقرون ، طبيعة البحر الملح ككل وهل يعتبر إقليما بلا سيد أم إقليما إسلاميا أم جزءا من دار الحرب . ولم يكن جروسىوس بعيدا عن النظرية الإسلامية التقليدية عندما دافع عن حرية البحر المفتوح ، ذلك أن الفقهاء المسلمين انتهوا إلى تطبيق حكم الحديث الشريف عن شركة الناس فى البحر فاعتبروا أنه شركة بين الناس ، وهذه الشركة تقتضى أن يفتح البحر للجميع . بيد أن هؤلاء الفقهاء لم يحسنوا اختيار القواعد التى تطبق على البحر عندما قالوا بتطبيق أحكام الأنهار على البحار . وقد يكون لهم عذرهم فى هذا لأنهم لا بد قد صدروا فى رأيهم عن نظرهم وقعد فى تقسيم العالم إلى دار اسلام ودار حرب فتصوروا أن النهر يجرى كله فى إحدى الدارين . أما اليوم وقد انقسمت الكرة الأرضية إلى قرابة مائتى وحدة سياسية فإن النظرة لا بد أن تتغير والحكم يجب أن يتبدل لأن طبيعة النهر تخالف طبيعة البحر فالنهر الدولى يجرى فى إقليم أكثر من دولة وهو عنصر سيال ينتقل من إقليم إلى آخر على نحو متواصل ، أما البحر فيحيط بعدة دول أو أن تلك الدول تحيط به وهو حزام لتلك الدول يضاف إلى اليابسة . وتبعا فإن

تغاير الوضعين لا يتسق مع توحيد القواعد وتمائل الأحكام لأن القياس عندئذ يفقد أساسه ويفتقر إلى حكمته . صحيح أن البحر والنهر مياه فهما يشتركان في الشيوع المادى وأن هذه الشركة قد تخلف بعض الأحكام المتماثلة ، ولكنها لا تعنى أن تكون كل الاحكام واحدة .

وأيا كان الأمر فإن القضية الآن هي بحث ما إذا كانت النظرية الإسلامية يمكن أن تتسع لتقسيم البحر إلى مناطق لكل منها حكمها ونظامها ؟ إننا إذا انطلقنا من قاعدة أن الناس شركاء في مياه البحر فإن معنى ذلك في القانون الدولي أن اشخاص الجماعة الدولية شركاء في مياه البحر وعندئذ لا تملك دولة أن تدعى حقاً استثنائياً على أية منطقة من مناطق البحر من حيث أن مياه البحر تجرى عليها الإباحة ، والإباحة تثبت حق الانتفاع بالمياه لسائر الناس ويستوى في ذلك المسلمون وغيرهم . وينزل الانتفاع بمياه البحر منزلة الانتفاع بالشمس والهواء ولذا لا يجوز من حيث المبدأ لدولة أن تحجرها كما لا يجوز لدولة أو مجموعة من الدول أن تقطعها . والنظرية الإسلامية في هذا أكثر حسماً من النظرية المعاصرة لأنها ترفض الإقرار بشرعية التصرفات الفردية التي قد تنطوي عليها ادعاءات بعض الدول وتقبل ماتزعمه الأقلية من حقوق استثنائية تناقض تلك الإباحة ، ولى في ذلك قول يلى ، ولكن هل يجوز للجماعة الدولية أن تتفق على نظام تقاسم فيه بعض مناطق البحر وتهاياً في استخدام البعض الآخر ؟ إن الجواب على ذلك يقتضى في مفهومى أن نبحث أولاً فيما إذا كان البحر مالا دولياً متقوماً ، فإن صح أنه مال دولى متقوم جاز لصاحب الحق — وهو الجماعة الدولية — أن تتفق على كيفية الانتفاع بمياهه .

البحر : هل هو مال متقوم في الشريعة الإسلامية ؟

تباينت صيغ الفقهاء المسلمين في تعريف المال ، ولكن خلافتهم كان خلافاً في المبنى وليس خلافاً في المعنى ، فهم جميعاً يتفقون على أن المالية تتحقق بتوافر عنصرين :

أ — أن يكون للشيء قيمة بين الناس ، أو الدول في القانون الدولي (التمول) .

ب — أن تكون تلك القيمة ناتجة عن أن الشيء يمكن الانتفاع به انتفاعا مشروعاً (إباحة الانتفاع شرعاً) .

والبحر من وجهة نظر القانون الدولي ينطبق عليه الشرطان فهو ذو قيمة للدول وقيمتها ناجمة عن إنتفاع مباح في الملاحة ، « وله الجوار المنشآت في البحر كالأعلام » (الشورى ٣٢) ، وفي استخراج المعادن « يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان » (الرحمن ٢٢) وغير ذلك كثير ، « والبحر المسجور » (الطور ٦) .

البحر في النظرية الإسلامية : تعريف وتحديد :

البحر المحيط عند الفقهاء المسلمين هو البحر المستدير بالقدر المكشوف من الأرض وفيه ضربان :

١ — بحر أوقيانوس (وتقابل اللفظة الإفرنجية ocean) وهو المساحة من المياه المالحة التي يتصل بعضها ببعض الآخر اتصالاً حراً ، ولذا يصفه القلقشندي بأنه ماجد في الامتداد من سواحل بلاد المغرب الأقصى إلى جهة الجنوب ثم يمتد جنوباً على أرض خراب غير مسكونة أو مسكونة حيث تجاوز خط الاستواء إلى الجنوب . وقال الشريف الإدريسي . وماؤه هناك ثخين غليظ الملوحة لا يعيش فيه حيوان ولا يسلك فيه مركب . ثم يعطف إلى جهة الشرق من وراء جبال القمر ويمتد شرقاً على أرض خراب وراء بلاد الزنج ثم يمتد شرقاً وشمالاً حتى يتصل ببحر الصين والمند ثم يأخذ شرقاً حتى الأرض المكشوفة ثم يغطيه شبرق الصين إلى جهة الشمال ، ثم يعطف ويستدير على أرض غير معلومة الأحوال ويمتد على غرب الأندلس جنوباً حتى يجاوره ويتهي إلى زقاق » .

وبدهى القلقشندي وصف حدود البحر كما كانت معلومة في عصره وهي

تدل على أنه فصد بالبحر — في عمومها — ما نقصد إليه الآن بلفظة « البحر » دون تقييدها بوصف . والذي يهمنى هنا هو أن استنبط المفاهيم التالية من ذلك الوصف : (١) تتصل مسطحات مياه البحر «الأوقيانوس» اتصالاً طبيعياً ، وهذا ما يستفاد في رأيي — من الآية الكريمة « والبحر يمده من بعده سبعة أبحر » (لقمان / ٢٧) ، ذلك أن هذا الامتداد لا يكون إلا بالاتصال ، وأنه يمثل مساحات شاسعة من الماء وهذا الاتساع الكبير للبحر تدل عليه الآية الكريمة « قل لو كان البحر مدادا لكلمات ربي » فانتشار البحر للدلالة على عدم نفاد كلمة الله يدل بمفهوم الإشارة إلى أن الاستشهاد جاء بالبحر نظراً لما يحتويه من كميات شاسعة من المياه .

٢ — الضرب الثاني هي البحار في اقطار الأرض ونواحي الممالك ، وهي بدورها على ضربين :

أ — الخارج من البحر المحيط وما يتصل به وهذا التصور أقرب ما يكون اليوم لما نسميه بالبحار شبه المغلقة ولذا يحصرها في ثلاثة — حسب معرفته عندئذ — بحر الروم وبحر الصين والبحر المتوسط .

ب — ما ليس له اتصال بالبحر المحيط ، مثل بحر الخرز وهي البحار المغلقة كاملة . ويسمى بحر جرجان لوقوع مدينة جرجان عليه ، وبحر طينيه وشآين وبحر طبرستان لوقوع ناحية طبرستان على ساحله أيضاً . وهذه بحار ملحة منفردة ضمن البحار لا اتصال لها بغيرها البتة .

ومن ثم فإن التعريف السابق للبحر في النظرية الإسلامية لا يختلف عنه في النظرية الحديثة سوى أن من القراء من يجرى المقارنة بين النظامين — الإسلامية والإفرنجي — دون أن يقيم وزناً لذاتية النظرية الإسلامية وتفردتها . ومن ثم فإن حق الجماعة الدولية هي الترجمة القانونية للحديث الشريف « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلا والنار » بالنسبة لمياه البحر . إن هذه الشركة تخرج البحر المالح كلياً أو جزئياً عن الإباحة الشرعية للدولة ما بذاتها . إلا أن اختصاص الجماعة الدولية بالبحر المالح اختصاص حاجز له سلطة على الاستبعاد .

وإذن فالبحر الملح مال دولي متقوم تملكه الجماعة الدولية شركة بين أشخاصها . ويمكن أن نستعير من أحكام الملكية الجماعية في الشريعة الإسلامية قواعد تنظم الملكية الشائعة للجماعة الدولية . وأهم مااستعيره هنا قاعدتان :

أ — تخرج مياه البحر الملح التي تعود إلى الجماعة الدولية عن ملكية الدول فرادى لأنها لا يمكن أن تؤدي مقاصدها في ملكية الدولة منفردة .
 ب — إذا أقطعت الجماعة الدولية دولة ما جزءاً من البحر المشترك فإن هذا يكون إقطاع منفعة لا إقطاع تملك . (قارن على الخفيف — الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية ، الجزء الثاني ، ص ١٢٨ وما بعدها) .
 وعندئذ تنقيد الدولة التي يجري لها الإقطاع في الانتفاع بما اقتطع لها بالقيود التالية :

أ — احسان الانتفاع والتصرف في المال فلا تضييعه ولا تتلفه ولا تنتفع به فيما لا خير فيه .
 ب — ضرورة استثمار المال وعدم تعطيل الانتفاع .
 ج — الالتزام بقواعد الشريعة الناطمة للاستثمار والاستغلال .

إن تطبيق ماسبق يعنى أن البحر الملح جميعه يخرج عن سيادة الدول فرادى ويخضع ب كله أصلاً لقاعدة الإباحة ولكن هذا القول يحتاج إلى تحديد ، ذلك أن الحزام البحري الذي يحيط باليابسة لا يمكن أن يعامل معاملة باقي المساحات البحرية ولا أن يخضع للأحكام ذاتها لأن هذا الحزام يخدم اليابسة ويقوم بدور اساس في رعاية مصالح الدولة الساحلية وحماية أمنها ، ومن ثم فإن إخضاع هذا الحزام البحري لقاعدة الإباحة يؤدي إلى اضرار بالغ بمصالح الدول فرادى ولا يحقق ضالحا مقابلاً للجماعة الدولية . إن هذه الضرورة الاقتصادية والأمنية تبرر اجتزاء هذا الحزام البحري — بوصفه حريماً لليابسة — من تطبيق حكم الشيوع الدولي وصرف الجزء منه الممتد من ساحل كل دولة إلى تلك الدولة الساحلية . وبدهى كذلك أن المياه الداخلية للدول التي تكون جزءاً من

إقليمها لا تخضع لقاعدة الشيوع الدولى ، ولذلك فإن المياه الوطنية — الساحلية (الحريم) والداخلية — هى وحدها التى تخضع للسيادة الإقليمية أما ماعداها فإن للدولة عليها ولاية فحسب — أى نوعا من حق المنفعة تختلف حدوده .

أقسام البحر فى النظرية الإسلامية :

وعلى هدى مما سبق انتهى إلى القول بأن الحزام الساحلى من البحر الملح يخضع لسيادة الدولة الساحلية أما باقى مسطحات البحر الملح فهو شركة بين الدول وتحكمه أساسا قاعدة الإباحة .

يبد أن الدول تستطيع أن تتفق فيما بينها على ممارسة تلك الشركة وتطبيق قواعد تحقق تلك الإباحة . وكما أسلفت فإن هذه الممارسة وتلك القواعد يجب أن تنصب على المنفعة فحسب ولا يجوز أن تصل إلى حد السيادة الكاملة . ومن هنا أقول إن القواعد التى توصلت إليها الجماعة الدولية فى تقسيم البحر الملح — سطحا وقاعا — إلى ما أسلفت من أقسام يمكن أن تعتبر بمثابة اتفاق بين الدول تحكمه — فى العموم — فكرة الإباحة بمعنى أن تفسر السلطات أو الولاية التى تمارسها كل دولة على حدة تفسيرا مضيقا . وإذا لم يوجد حكم فإننا نعود إلى قاعدة الإباحة لتنظيم العلاقة . ونظرا لأن هذا الاتفاق لا يحمل حراما ولا يحرم حلالا فإنه اتفاق مقبول بنظرها الخاصة . ولعل أهم ما بين النظرتين من فروق يتمثل فى أمرين :

(١) عرفت النظرية الإسلامية التقليدية البحر بمختلف مسطحاته بينما عرفته النظرية المعاصرة بالإشارة إلى تقسيماته .

(٢) لم تفرق النظرية الإسلامية فى الأحكام بين مختلف أقسام البحر الملح ، اللهم الا فيما يتعلق بما إذا كانت تدخل ضمن دار الإسلام أو لا تدخل ، وهو تقسيم أقرب ما يكون إلى تقسيم البحر إلى بحر وطنى وبحر حر .

ومن ثم فلا مانع من حيث الأساس من أن تقر النظرية الإسلامية تقسيما

البحر الملح يقابل التقسيم الذى تسير عليه النظرية الغربية متمثلة حاليا — فى عمومها — فيما تنطوى عليه اتفاقية مونتيجو . إن قولى هذا لا يعنى أن التماثل مطلق فى القانون البحرى بين النظرية الإسلامية والنظرية الغربية وإنما هو تماثل فى عموميات الأحكام وبعض التفاصيل ، وتوضح الدراسة التى اتناولها فيما يلى من سطور مدى ذلك التطابق .

وأقول بدلا من ذلك بدىء إننى يمكن أن أقسم البحر الملح — إلى جانب المياه الداخلية — إلى الأقسام التالية :

- ١ — البحر الحريم (البحر الساحلى) .
- ٢ — البحر أو المنطقة الحجاز (المنطقة المتاخمة)
- ٣ — البحر الوقف (المنطقة الاقتصادية) .
- ٤ — البحر الأوقيانوس أو المحيط (البحر العالى) .

أما قاع البحر فيقسم — مقابلا للتقسيمات الدولية الجارية — وعدا قاع المياه الداخلية إلى :

- ١ — قاع البحر الحريم ، وهو يأخذ حكم البحر الحريم وينطبق عليه أحكامه ، عدا المرور البرىء فهو خاص بالملاحة فى المياه .
- ٢ — قاع المنطقة الاقتصادية والإفريز القارى ، أو التحجير .
- ٣ — التراث المشترك ، أو إقطاع الاستغلال .

ولما كان البحر الحريم يخضع سطحا وقاعا لأحكام عامة واحدة فإنى أناقش أحكام البحر الحريم مكتملة فى مبحث واحد ثم اتناول بعد ذلك أقسام اليم (المياه) قسما بعد آخر وأثنى عليها بأقسام القاع قسما قسما .

المبحث الأول فى البحر الحريم (الساحلى)

تعريف وتحديد :

تمتد سيادة الدولة الساحلية — فى الرأى الذى اعتمده ودون حاجة للدخول فى تفاصيل تتجاوز أغراض هذه الدراسة — تمتد خارج اقليمها البرى ومياهها الداخلية — ومياهها الأرخيبيلة إذا كانت الدولة أرخبيلية — إلى حزام بحرى متناخم يعرف فى النظرية المعاصرة باسم « البحر الساحلى »، وتقوم فلسفة مدرك البحر الساحلى على أن الدول التى تطل على البحر قد تتعرض بسبب ذلك إلى مخاطر تضاربها مصالحها ، هذا إلى جانب ما قد يحتويه البحر المجاور من ثروات هى أحق بها من غيرها . لذا رؤى أن تمنح الدولة الساحلية امتدادا فى البحر الذى تشاطئه يخضع ليهمتها ليكون صمام أمن يحميها مما قد يهدد مصالحها وتستطيع فيه أن تتخذ من الحيطه ما يجعل هذا الحزام حجازا ضد اقتراب الخطر من سواحلها وتقارنه تبعا إلى اقليمها البرى .

وتلك ايضا هى فلسفة البحر الحريم فى النظرية الإسلامية . ذلك أن الحريم هو ما تمس الحاجة اليه تمام الانتفاع بالمعمورة وان حصل أصل الانتفاع بدونه (مغنى المحتاج — ٢ / ٣٦٣) . أى أن البحر الحريم كالبحر الساحلى — كلاهما يعين على حسن الانتفاع باليابسة المعمورة وتدعو الحاجة اليه لتحقيق ذلك الانتفاع .

امتداد البحر الحريم :

لعل أول نظرية حاولت أن تضع قاعدة تحدد امتداد البحر الساحلى — فى الفكر المعاصر — كانت نظرية مدى البصر، ومؤداها أن البحر الساحلى يمتد

إلى أقصى مدى الابصار في يوم مشرق ثم اتجه الفقه إلى مزيد من التحديد لامتداد البحر الساحلي فاقترح بنكر شوك أن يكون مدى امتداد البحر الساحلي هو مدى قدرة الدونة على حماية ذلك البحر بقوة السلاح — أى مدى المدفع — ثم ترجمت تلك القاعدة إلى ثلاثة أميال بوصف أن هذا كان هو أقصى مدى لتغطية المدفع وقمته . بيد أن مؤتمر لاهاي الذي عقد سنة ١٩٣٠ تحت إشراف عصبة الأمم ترددت فيه أصوات تطالب بأن يزداد البحر الساحلي إلى ستة أميال ولكن هذه الأصوات لم يكتب لها الغلبة . فلما كان مؤتمر جنيف سنة ١٩٥٨ عادت أصوات توسعة امتداد البحر الساحلي تدق الأسماع بيد أن المؤتمر أرفض دون اتفاق على هذه النقطة ، وكذلك كان الفشل نصيب المؤتمر الذي عقد من أجل — الأشكال سنة ١٩٦٥ . وظلت الحال محل خلاف إلى أن عقد مؤتمر الأمم المتحدة الثالث للبحار الذي استقر على تحديد مدى البحر الساحلي باثني عشر ميلًا بحريًا .

والطريف أن مدى امتداد الحرم محل خلاف كذلك في النظرية الإسلامية ، فهناك حريم للعين والبر ويختلف الفقهاء حياله ما بين أربعين إلى ستين ذراعًا أو امتداد تحدده المصلحة وهناك حريم القرية الحياة وهو ناديةا (كالمكة الحريم مثلا) وحريم الدار . طرح رمادها وكنات — حريم الثمرة قدرها تمتد إليه أعضاؤها حوالها ومرکز الخيل هو مكان سوقها ومناخ الأبل هو الموضوع الذي تناخ فيه وحرمة البلد مختطبا ومرعى دوابها ، وهكذا . ولا أريد أن ادخل في تفصيل الخلاف حول امتداد الحرم ولكني أخلص منه إلى الأفكار التالية :

- ١ — مدى امتداد الحرم محل خلاف فقهي ، ومن الفقهاء كثرة لا يحددون له امتدادا بقياس معين بل يقيم التحديد على أساس ما يحتاج إليه وما فيه مصلحة عرفا . ومن ثم فإن تحديد الحرم قد يكون بامتداد بذاته وقد يكون متروكا لما يحدده العرف حسبما تقتضيه المصلحة .
- ٢ — لا تقتصر فكر الحرم على العيون والآبار بل هي أيضا للعقار كالدار

وللأقليم كالقرية والبلد ، ومن ثم فكما أن للعين والبئر — وهى مورد ماء — حرماً فإن اليابسة كذلك يمكن أن يكون لها حریم .

ويستفاد من ذلك أن الحريم ليس مقصودا في ذاته وإنما هو لحاجة العين اليه ، ولذا فإن تحديده يرتبط بما تندفع به حاجة العين اليه . وعلى هدى مما اسلفت أقول ان النظرية الإسلامية لا تفرض امتدادا بذاته للبحر الحريم وإنما تترك تحديد ذلك لما تندفع به الحاجة وتحقق المصلحة ، ولكن صاحب العين (الدولة) لا يملك وحده ان يقدر ذلك الامتداد أو ان ينفرد بتحديد مدى ما تندفع به الحاجة وتحقق المصلحة وإنما يتم ذلك عن طريق : .

(١) ماتتحدة الجماعة الدولية عرفا .

(٢) ماتتفق عليه الدول كتابة .

ولما كانت الجماعة الدولية قد انتهت في معاهدة مونتيجو إلى تحديد مدى امتداد البحر الساحلى باثنى عشر ميلا فإنى لا أرى غضاضة في أن نقول إن النظرية الإسلامية يمكن أن تقبل هذا الامتداد بوصف انه امتداد حاز قبول الدول وكان موضع اتفاقها . فان زاد الامتداد عن ذلك وكان سنده اتفاقاً أو عرفادولياً فلا بأس من أن تقره النظرية الإسلامية وإلا كان تعدياً وجب رفعه . ولا يطعن على قولى هذا اننا نحدد الحريم هنا بالأميال في حين أن النظرية الإسلامية تحدد الحريم للبئر والعين بالذراع لان القياس مع الفارق فنحن نتكلم هنا عن دول وعن أقاليم شاسعة .

رب معترض يقول ان الحريم هو تأمين للأرض الموت واليابسة ليست موتا . ولكن هذا الاعتراض يفتقر إلى الدقة لان الحريم ليس تأميناً للأرض الموت بل هو اعانة على احياء الأرض الموت ولذا فانه لا يزول باحيائها بل يبقى لحسن الانتفاع بها بعد تعميرها وادن فالموت ليس ما هو في حاجة إلى احياء فحسب بل هو ما يمكن أن يصبح موتاً ان هو حرم من خدمات الحريم . ويزكى هذا الفهم المعنى المقصود في قوله تعالى « لنحى به بلدة ميتا » (الفرقان / ٤٩-) ، ومن ثم فان الحريم لا يكون فقط للاحياء بل هو كذلك

للإبقاء — صحيح أن هذا القول قد لا يتفق مع التعريف الذى قال به الفقهاء للأرض الموات . ولكن منطلق الفقهاء فى تعريف الأرض الموات كان من واقع خاص وليس من منظور دولى وهو يعادل فى القانون الدولى الإقليم الذى لا سيد له أى الانحصار فى المفهوم التقليدى — فإذا نحن صعدنا به إلى المستوى الدولى — فإنه يقصر الحريم على الأقاليم التى لا سيد لها ، ولكنى أرى أن هذه النظرة الضيقة قد توقعنا فى حرج نحن فى غنى عنه مادام أننا نبحث عن مجال المعاملات وليس العادات وقد قدمت أن البحر الحريم ضرورة لا غنى عنها حتى تستطيع الدولة أن تمارس حقها فى البقاء والآن تعرضت للبقاء (أى للموات) . تم أننا عندما ننقل مدركا من إطاره المحلى كي ندرجه ضمن دائرة العلاقات الدولية فلا بد منطقا أن نطور فى المدرك بما يجعله ملائما للحياة الدولية ومستجيبا لما بين الجماعة الدولية والمجتمع الداخلى من فوارق هيكلية مادام أننا لا نخرج بذلك عن مجال الأحكام الشرعية والاصول المرعية — إن ما يهيم فى تطبيق فكرة الحريم هو توخى الغاية التى ننشدها من وراء تركية الفقه لها وعندئذ فلا ضير علينا أن نحن اعتمدنا هذا داخل النظام الدولى على نحو يختلف بعض تفاصيله عن النظام المحلى (قارن عبد الله عبد الرحمن الرشيد فى الاموال المباحة وأحكام تملكها فى الشريعة الإسلامية ١٩٨٤ ج ١ ، ص ١٠٠) .

أما وقد انتهيت إلى ما أسلفت ولما كان ديدنى فى هذه الدراسة هو مناقشة الأفكار العامة والمبادئ الاصولية دون الايقال فى التفاصيل حتى لا يتوه القارئ فى غياهب الآراء المختلفة والنظريات المتباينة حول تفصيلات "جزئية" فأنى اكتفى هنا بالإشارة إلى أن الأحكام المتعلقة بكيفية قياس امتداد البحر الحريم وما يقال فى هذا الصدد من نظريات وكذا تعريف المقصود بالخليج والمضيق واحتياطات الأمن والسلامة فى الملاحة كلها إنما هى من شئون تنظير هذه الحياة الدنيا التى تتركها النظرية الإسلامية للدول لتقرر فيها ما تراه محققا لصالحها فرادى وللصالح العام . وتبعا فإن الباحث فى النظرية الإسلامية يستطيع أن يستبدى ما تسير عليه النظرية المعاصرة وما يقول به الفقهاء الغربيون

في هذا الخصوص ولا يحكمه في ذلك سوى القاعدة الاصولية العامة وهي توخي صالح المسلمين ، وبذلك تكون الفتوى . وتبعاً في احوال الباحث الإسلامي — ان هو أراد تفصيل نظرية اسلامية في هذا الخصوص ان يستكمل ما أقدمه في هذا السفر بانتقاء افضل الآراء والاتجاهات المعاصرة واقرارها ضمن أحكام النظرية الإسلامية . وتغنيى تلك الاشارة الموجزة عن الدخول في تفاصيل محلها المقالات المتخصصة أو الموسوعة الجامعة .

طبيعة حق الدول على البحر الحريم :

ينقسم الفقه المعاصر في تحديد هذه الطبيعة قسمين :

(١) فريق يرى أن البحر الساحلى ملحق بإقليم الدولة فهو لا يعدو أن يكون جزءاً من إقليم الدولة تغطيه المياه ويذهب هذا الفريق مذهبين : مذهب يقول بأن حق الدولة على البحر الساحلى هو حق ملكية وتعود اصول هذا المذهب إلى الفقه الرومانى . ومن ثم فإن الدولة تملك أن تتحكم في مخرها الساحلى كما تشاء ، تفتحه أو تغلقه حسبما يحلو لها وتمنعه على السفن الاجنبية إذا لاح لها ذلك . ولكن وصف حق الدولة على البحر الساحلى بانه حق ملكية يستلزم الحيابة الفعلية في حين أن حيابة الدولة للبحر الساحلى حيابة قانونية . ومذهب يقول ان حق الدولة على البحر الساحلى حق سيادة وهذا هو الاكثر اتساقاً مع التكييف القانونى السليم ولذا فإنه يلقي تأييد جمهور الفقهاء .

(٢) فريق ينادى بأن البحر الساحلى ملحق بالبحر العالى . وهذا ايضا ينقسم بدوره إلى مدرستين : مدرسة ترى أن كل ماللدولة في البحر الساحلى هي مجموعة من حقوق ارتفاق دعت اليها الضرورة ، ومدرسة تقول بأن البحر الساحلى مجمل حقوق حفظ تسمح للدولة بأن تتخذ فيه اجراءات لازمة للدفاع عن شعب الدولة وثرواتها المادية . وفي قول آخر فان البحر الساحلى هو في حقيقته مجرد ضمان للمصالح المختلفة للدولة التى تشاطئه .

وإذا عرضت هذا الجدل على النظرية الإسلامية نجد أنها تقر لصاحب العين بحق على الحریم بمائل حقه على العين ذاتها . ولما كنت قد قدمت ان حق الدولة على اقليمها هو دوليا حق حاكمية وليس حق ملكية . ولما كان البحر الحریم حریماً لليابسة فان حق الدولة عليه هو حقها ذاته الذي لها على اليابسة . وفي قول آخر فان للدولة على البحر الحریم حاكمية تماثل مالها من حاكمية في اليابسة . وهكذا تكون النظرية الإسلامية قد سبقت في تكيف طبيعة حق الدولة على البحر الحریم — مانتى الى جمهور الفقهاء المعاصرين وماقنته المعاهدات البحرية الكبرى كمعاهدتي جنيف ومونتيجو .

سلطات المرور في البحر الحریم :

أ — حق المرور البرى :

المرور البرى، في تعريف م ١٨ من معاهدة مونتيجو ١٩١٠ — يعنى الملاحة خلال البحر الاقليمى لغرض :

- أ — اجتياز هذا البحر دون دخول المياه الداخلية أو التوقف في مرسى أو في مرفق مينائى يقع خارج المياه الداخلية ،
- ب — أو التوجه إلى المياه الداخلية أو منها أو التوقف في أحد هذه المراسى أو المرافق المتباعدة أو مغادرته .

٢ — يكون المرور متواصلاً وسريعاً ومع هذا فان المرور يشتمل على التوقف والرسو ولكن فقط بقدر ما يكون هذا التوقف والرسو من مقتضيات الملاحة العادية ، أو حين تستلزمها قوة قاهرة أو حالة شدة ، أو حين يكونان لغرض تقديم المساعدة إلى اشخاص أو سفن أو طائرات في حالة خطرة أو في شدة .

وطبقاً للمادة / ١٧ من الاتفاقية سألته الذكر — وماستقر عليه العرف الدولى فان المرور البرى، يعتبر حقاً تتمتع به سفن جميع الدول ساحلية كانت أم غير ساحلية ، وتذهب اتفاقية مونتيجو — ويزكيا في ذلك القضاء الدولى — إلى انه حق للسفن الحربية زمن السلم .

وقد اختلف في معنى البراءة أهو معيار موضوعي يعتمد على سلوك السفينة أم معيار شخصي يأخذ عناصر شخصية بعين الاعتبار مثل جنسية السفينة . والراجح ان معاهدتي جنيف ومونتيجو — تؤيدها محكمة العدل في قضية مضيق كورفو — تميل إلى المعيار الموضوعي . ولذا رأى القضاء الدولي أن من حق الدولة الساحلية أن توقف سفينة تجارية عند مرورها بمياهها الساحلية وذلك لسبق ارتكابها جريمة اثناء عبور سالف في المياه ذاتها، وقد تكلفت المادة ١٩/ من اتفاقية مونتيجو — ببيان المرور البريء والحالات التي لا يكون فيها بريئا لأنه يضر الدولة الساحلية أو بحسن نظامها أو بأمنها، ولما كان المرور البريء حقاً للسفن الأجنبية فإنه لا يجوز للدولة الساحلية أن تقتضي من تلك السفن رسوماً لقاء مرورها بمياهها الساحلية .

وعندى ان حق المرور بمعناه الآنف — وتفصيلاته التي تحتويها كتب الفقه الدولي المعاصر حق يمكن أن تقر به الدول الإسلامية في البحر الحريم لبعضها البعض ، لان الحكمة من تقرير حق المرور البريء وهوتركية التجارة الدولية وتدعيم الاتصالات العالمية تجعل منه صورة من صور التعاون على البر والتقوى الذي أمر الله تعالى المسلمين به « وتعاونوا على البر والتقوى » (المائدة / ٢) . أما مرور السفن الأجنبية — غير الإسلامية — بالبحر الحريم للدولة الإسلامية فلا يعتبر — فيما أقبله من منطق النظرية الإسلامية — حقاً لتلك السفن اذ كيف نقول إن هناك واجبا مفروضاً على الدولة الإسلامية في أن تفتح اقليمها لمرور سفن أجنبية في اقليمها . وفي قول آخر فان دار الإسلام لا يمكن أن تحمل جزاء وبحكم الشريعة الإسلامية — بحق ارتفاق بالمرور في بحرها الحريم لصالح دول المخالفين . ان السفن الأجنبية عندما تدخل مياه البحر الحريم انما تدخل بما عليها من سلع أشياء وبمن عليها من بحارة ومسافرين وتبعاً فانها تخضع — فيما أرى — لسلطة الامان وتأخذ السفن بمن فيها اثناء العبور حكم المستأمن وتبعاً فإنه لا يجوز للسفن الأجنبية التي تحمل علم دولة مخالفة أن تدخل بحراً حريماً إسلامياً الا بأمان يصدر لها من الدولة الساحلية ، ويجوز ان يكون هذا

الامان خاصا لسفينة بعينها وقد يكون عاما لسفن دولة بذاتها أو لسفن أكثر من دولة ومن ثم فإن الدولة الإسلامية يجوز لها أن تطبق أحكام المرور البريء التي استقرت عليها الاعراف الدولية المعاصرة كما يجوز لها أن تعرف عن ذلك وأن تطبق أحكام الامان على السفينة التي تريد أن تعبر مياهاها . والدولة الإسلامية مخيرة في هذا حسبما يكون محققا لصالحها العام . وإذا كان ذلك هو الامر بالنسبة للسفن التجارية فإن المنع أولى بالنسبة للسفن الحربية والسفن الحكومية المستعملة لأغراض غير تجارية .

يبد اننى قدمت بأن المرور البريء هو صورة من صور التعاون على البر والتقوى ولذا فإن الدولة الإسلامية يجب ألا تتعسف في ممارسة حريتها بالنسبة للاذن بالمرور البريء لان هذا يدخل في حكم قوله تعالى « أن تبرؤهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين » (المستحقة / ٨) .

ب - اختصاص الدولة حيال السفن الاجنبية في البحر الحر :

يشير الكلام عن سلطات الدولة الساحلية ازاء السفن الاجنبية للمارة في بحرها الساحلى أو الحريم مشكلة تتمثل في اننا نواجه ازدواجاً في الاختصاص بين دولة العلم والدولة الساحلية وطبيعى أن يكون هذا الاشكال بالتصديق من اختصاص احدى الدولتين لصالح الاخرى . وسعياً وراء الاكتفاء بالعموميات دون التفصيلات فأنى أوردتها الحكم الذى انتهت اليه اتفاقية مونتيجو في هذه القضية .

تحدد م ٢٨ من الاتفاقية الولاية المدنية ازاء السفن الاجنبية على النحو التالى :

- ١ — لا ينبغي للدولة الساحلية أن توقف سفينة اجنبية مارة خلال بحرها (الاقليمى) أو أن تحول اتجاهها لغرض ممارسة ولايتها المدنية فيما يتعلق بشخص موجود على ظهر السفينة .
- ٢ — لا يجوز للدولة الساحلية أن توقع اجراءات التنفيذ ضد السفينة أو تحتجزها لغرض اى دعوى الا فيما يتعلق بالالتزامات التى تتحسبها

السفينة أو المسئوليات التي تقع عليها اثناء رحلتها خلال مياه الدولة الساحلية أو لغرض تلك الرحلة .

٣ — لا تخل الفقرة بحق الدول الساحلية ، وفقا لقوانينها في أن توقع اجراءات التنفيذ لغرض اى دعوى مدنية ضد اية سفينة اجنبية راسية في بحرهما (الاقليمى) أو ان تحتجزها بعدمغادرة المياه الداخلية». وهنا تطبق المحكمة قواعد القانون الدولى الخاص للبحث عن الاختصاص وعن القانون الذى يطبق .

أما الولاية الجنائية على ظهر السفينة الأجنبية فقد صاغتها م ٢٧ من اتفاقية مونتيجو على النحو التالى :

« ١ — لا ينبغي للدولة الساحلية أن تمارس الولاية الجنائية على ظهر سفينة أجنبية مارة خلال بحرهما (الاقليمى) من أجل توقيف أى شخص او اجراء اى تحقيق بصدد اية جريمة ارتكبت على ظهر السفن اثناء مرورها الا فى الحالات التالية :-

- أ — إذا امتدت نتائج الجريمة إلى الدولة الساحلية .
- ب — أو إذا كانت الجريمة من نوع يخل بسلم البلد أو يحسن النظام فى البحر (الاقليمى) .
- ج — أو إذا طلب ربان السفينة أو ممثل دبلوماسى او موظف للدولة العلم مساعدة السلطات المحلية .
- د — أو إذا كانت هذه التدابير لازمة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو المواد التى تؤثر على الطفل ... » .

إن من ينعم النظر فى الصياغة السالفة يلحظ أنها تتكلم عن التوقيف (القبض) والتحقيق ولكنها صممت عن تطبيق القانون الجنائى للدولة الساحلية على ما يحدث فى مياهها إذا مأحضر المتهم أمام قضائها . ويبدو من استقراء الممارسة الدولية انه لا عاصم لهذا الشخص من تطبيق القانون المحلى عليه . هذا هو حكم النظرية المعاصرة ، فماذا تقول النظرية الإسلامية ؟

- ان بحث سلطات الدولة في بحر الحريم لا يخرج عن أحد فروض أربعة :—
- ١ — أن يكون علم السفينة والبحر الحريم كلاهما للدول الإسلامية .
 - ٢ — أن يكون علم السفينة والبحر الحريم كلاهما لدول غير اسلامية .
 - ٣ — ان يكون علم السفينة لدولة غير اسلامية والبحر الحريم لدولة اسلامية .

- ٤ — ان يكون علم السفينة لدولة اسلامية والبحر الحريم لدولة غير اسلامية .

والفرضان الأولان لا يثيران مشكلة في النظرية الإسلامية ذلك أن الازدواج والاختصاص الذي هو مدعاة تترتب أحكام خاصة للسفن الاجنبية منتف في الفرض الأول حيث أن قانون وقضاء العلم هو قانون وقضاء البحر الحريم الا وهو الشريعة الإسلامية ومن ثم فلا ضير على السفينة إذا هي خضعت لقانون اى من الدولتين وبدهى أن خضوعها لاختصاص اى من الدولتين يمنع من الخضوع مرة اخرى لاختصاص الدولة الأخرى .

كذلك فان النظرية الإسلامية — فيما أرى — لاتعارض في أن تطبق الدول المعنية في الفرض الثاني أحكام القانون الدولي المعاصر لأنها ليست دار اسلام ومن تطبق عليهم ليسوا بمسلمين .

اما الفرضان الثالث والرابع ففيهما كلام .

فإذا كانت السفن تحمل علم دولة غير اسلامية ودخلت البحر الحريم لدولة اسلامية فانها — كما اسلفت — تدخل مستأمنة ومن ثم فانها تخضع لأحكام عقد الامان . والاصل في النظرية الإسلامية أن الشريعة الإسلامية والقضاء الإسلامى عام التطبيق على من يوجد بالاقليم الإسلامى وعلى ما يحمله من مال . ولكن في ذلك تفصيل يمكن أن اجمله فيما يلى :—

- ١ — هناك مذهب يعقد الاختصاص بالقضاء لقضاء غير مسلم ويرى انه لا يجوز التعرض للمستأمن في معاملاته وعلاقاته الاجتماعية الا اذا تعدى ضررها إلى المسلمين كأن كان احد المسلمين طرفا في القضية ويقضى بينهم في شئونهم بأحكام دينهم .

ويجيز البعض اختصاص القاضى المسلم اذا رضى طرفا الخصومة بذلك ويكتفى البعض برضاء أحد الخصمين والقاضى المسلم مخير ان شاء فصل وان شاء ترك (محمد سلام مذكور — القضاء فى الإسلام ، ١٢٥ ، ١٢٦) .

٢ — وهناك مذهب بأن ولاية القضاء الإسلامى عامة بالنسبة لجميع الرعايا فيفصل بينهم القاضى المسلم وان لم يتنازعو اليه ، وتطبق أحكام الشريعة الإسلامية التى تتيح الأخذ بأحكام أهل الكتاب فى الأمور التى تتعلق بالاحوال الشخصية للمستأمن كالزواج والطلاق أو ما يماثلها ككل الخنزير أو شربه كشرب الخمر ذلك أن الإسلام أجاز للمستأمن أن يتعامل بما لا تحرمه ديانتهم كالخمر والخنزير شريطة ألا يجهر بها فى اسواق المسلمين تبعاً للفتنة .

والسؤال الذى يستهنى هنا ليس هو أى القضائين هو الذى يختص بالنظر فى شئون الذمى ولا هو اية أحكام فى الشريعة الإسلامية هى التى تطبق لان ذلك مرجعه أحكام القانون الدولى الخاص وانما يتصل فى الحقيقة باختصاص الدولة ككل أو فى قول آخر ، هل قصد اصحاب المذهب الذى يقيم قاضيا خاصا بالمستأمنين أن يعفيهم من تطبيق الاحكام التى تطبق على المسلمين أن يعقد بذلك الاختصاص للقاضى غير المسلم فى دار الحرب عن أمور ارتكبتها المستأمن فى دار الإسلام أم انه قصد على العكس أن يحصر الاختصاص بنظر ما يحصل فى دار الإسلام اصلا فى قضاء دولة الإسلام وقانونها بغض النظر عن تفاصيل الاختصاص الداخلى .

يبد أننا إذا سرنا على مذهب أبى حنيفة الذى يرى ألا تتدخل الدولة الإسلامية فى شئون المستأمن الا اذا تعدى الامر إلى المسلمين فان اختصاص دولة البحر الحريم لا يقوم الا اذا ارتكبت السفن اثناء عبورها أو كان فى عبورها ما يمس صالح الدولة الإسلامية الساحلية وحسن نظامها أو طلبت السفينة أو الممثل الدبلوماسى أو القنصلى للدولة العلم تدخل سلطات الدولة

الإسلامية الساحلية . والاخذ بمذهب أبى حنيفة بتهى إلى ، تقرير قريب مما تجرى . عليه الممارسة الدولية المعاصرة وقننته معاهدة مونتيديو .

ذلك ان ممارسة الدولة الإسلامية الساحلية اختصاصا على السفينة الاجنبية بسبب التزامات ، تحملها او تبعات وقعت على عاتقها اثناء الرحلة او مباشرة اجراءات الحجز التنفيذى كإجراء من اجراءات دعوى مدنية ضد السفينة عند ارتكاب جريمة على ظهر السفينة تمتد نتائجها إلى الدولة الإسلامية الساحلية أو تخل بسلم الدولة المذكورة وحسن نظامها او إذا كان الجانى أو المجرى عليه مسلما هو مما يمكن ان يدخل تحت مفهوم الاستثناء الذى أقره أبى حنيفة الامر يعقد الاختصاص للمسلمين وكذلك فان طلب الربان أو الممثل الرسمى تدخل السلطات الساحلية يندرج فى حكم رضاء أحد الطرفين باختصاص الدولة الإسلامية الساحلية . ولا جدل فى ان قسام السفينة بنشاط تجارى غير مشروع فى المخدرات أو المواد التى تؤثر على العقل هو من الامور التى تخضع لاختصاص الدولة الإسلامية الساحلية لان ما تبيحه الشريعة الإسلامية للمستأمن هو الاتجار فيما تمنعه الشريعة الإسلامية ولكن تبيحه له شريعته .

ومادام أن الجماعة الدولية اتفقت على تحريم الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمواد التى تؤثر على العقل فان هذا النوع من الاتجار يصبح محرما طبقا للشريعة الإسلامية وشريعة السفينة الاجنبية وتبعا فهو قد أصبح غير مباح للمستأمن طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

أما أى قاض هو الذى ينظر الدعوى وأى قانون هو الذى يطبق عليها فأمر يرجع فيه إلى أحكام القانون الدولى الخاص الإسلامى على هدى من الافكار العامة التى قدمتها فى هذا الخصوص .

أما إذا انتهجت مذهب الشافعى فإن اختصاص الدولة الإسلامية الساحلية يكون اختصاصا عاما ترد عليه استثناءات على نحو ما سلفت .

وما أقرب الخلاف بين أبى حنيفة والشافعى بالخلاف بين النظرية الفرنسية والنظرية الانجلوسكسونية فى هذا الخصوص ، ذلك أن النظرية الفرنسية تهتم ببيان

حالات عدم اختصاص الدولة الساحلية وماعدا ذلك يكون من اختصاصها وهذا هو في عموم مذهب الى حنيفة أما النظرية الانجلو سكسونية فتبدأ باعطاء الاختصاص العام للدولة الساحلية ثم تجرى عليه بعض الاستثناءات وهذا في عموم مذهب الشافعي ولذا فان رأى الى حنيفة والشافعي يتبيان — كما انتهى النظريتان الفرنسية والانجلوسكسونية — الى احكام تكاد تكون واحدة في الواقع العملي .

ولا احسبني بعيدا عن الصواب إذا قلت أن مواد اتفاقية مونتيديو في خصوص مركز السفينة في البحر الحريم لا تناقض النظرية الإسلامية اما القانون الذي يطبق فإن القاعدة ان الشريعة الإسلامية هي التي تطبق في دار الإسلام الا فيما يتعلق بأحكام معينة تطبق في حق المستأمن وذلك بالنسبة للأحوال الشخصية كالزواج والطلاق ، أو بما يتعلق بمأكلة كالخنزير أو مشربه كالخمر والحق أن هذه الاستثناءات في ذاتها أحكام اسلامية ولكنها خاصة بغير المسلمين في دار الإسلام . فالإسلام يميز للمستأمن التعامل بما لا تحرمه ديانه كالخمر والخنزير ولكن ليس له أن يجاهر بها في اسواق المسلمين منعاً للفتنة ، كذلك إذا شرب الخمر وسكر فان بعض العلماء يرى أن يحذر لمظهر السكر .

وعند الى حنيفة انه لا يجوز التعرض للمسيئتين في معاملته وعلاقاته الاجتماعية التي لا يتعدى ضررها الى المسلمين ويقضى بينهم في ذلك بأحكام دينهم .

وأقول ترتباً على ما سلف اننا أمام مذهبين في النظرية الإسلامية :

- ١ — مذهب يخضع ما يحصل من السفينة لأحكام الشريعة الإسلامية فلا يباح للمستأمن ان يفعل أو أن يتصرف الا في حدود ما تسمح به .
- ٢ — مذهب يعفى المستأمن من الخضوع لأحكام الشريعة عن الفعال والتصرفات التي يتعدى ضررها الى المسلمين .

فاذا نحن سرنا على المذهب الأول فان كل ما يحصل من السفينة او عليها وهي في البحر الحريم يكون خاضعاً لقانون الدولة الساحلية . وان نحن اتبعنا المذهب

الثانى فان ما يحصل من السفينة أو عليها لا يخضع لقانون الدولة الساحلية الا اذا تعدى ضرره إلى الدولة .

وواضح أن مابسير عليه الجماعة الدولية المعاصرة اكثر اتفاقا مع المذهب الاول فيما يتعلق بالمسائل المدنية وأقرب إلى المذهب الثانى فيما يتعلق بالمسائل الجنائية .

وقد يكون من الامفق — فى تقديرى — لو أننا قلنا إن السفينة التى تحمل علم دولة مخالفة لا تخضع لاحكام الشريعة الإسلامية التى تتعلق بالمسلمين طبقا للنظرية الإسلامية الا اذا تعدت آثار التصرف أو الجريمة إلى الدولة الإسلامية الساحلية وشعبها كأن يكون أحد اطراف المعاملة مسلما أو أن يكون هناك دين لأحد رعايا الدولة على السفينة وعندئذ يكون لها مباشرة اجراءات الحجز التنفيذى او كان المتهم أو المجرم عليه مسلما أو امتدت نتائج الجريمة إلى الدولة الساحلية او اخلت بسلم الدولة وحسن نظامها أو كانت السفينة تحمل ما يحرمه قانونها وتحرمه الشريعة الإسلامية او تتجر فيه . ان عدم امتثال السفن لاحكام الشريعة الإسلامية فى خصوص ما سلفت يسمح للدولة الإسلامية الساحلية بأن تطلب اليها مغادرة البحر الحريم فورا او ان تقدمها إلى القضاء المحلى للحكم بما يراه والخيرة فى ذلك للدولة المعنية .

كذلك يجوز اخضاع السفينة المذكورة لاحكام الشريعة الإسلامية إذا طلب ربانها او ممثل دولة العلم تدخل السلطات المحلية .

فاذا كان ما اقترحه هو الرأى الذى يعمل به فانه لا يمنع فى حالات عدم تطبيق الشريعة الإسلامية من ان تقوم الدولة الإسلامية الساحلية بإعداد تقرير عما ترتكبه السفينة من مخالفات تخرج عن اختصاصها وأن تجمع ما تستطيع من أدلة ثم تقدم ذلك إلى الدولة المعنية لاتخاذ ما تراه بشأنها .

وأجد لزاما على هنا ان اضيف اننى استعرت من أحكام المستأمن ما يمكن أن ينطبق على السفينة التى تعبر البحر الحريم على الرغم من أن احكام المستأمن التى

قال بها الفقه التقليدي كانت تتصور المستأمن الذى يقيم فترة معينة فى دار الإسلام ولم يدر بخلفها حالة المستأمن الذى يمرر مروراً عابراً بشأن السفينة التى تمر مروراً بريهاً بالبحر الحريم الإسلامى .

ج - الملاحقة الحثيثة أو المتواصلة :

تتكلم معاهدتا جنيف ومونتيجو عن هذا الحق فى معرض الكلام عن البحر العالى من حيث أنه حق يمارس فى البحر العالى ولكنى فضلت أن أوردته ضمن الكلام عن البحر الحريم على أنه يبدأ فى غالب صورته - من البحر الحريم . عرفنا أن السفن الاجنبية تخضع فيما يتعلق ببعض التصرفات للاختصاص المحلى للدولة الساحلية ولكن لنفرض أن سفينة حاولت أن تتخلص من هذا الاختصاص وسعت إلى الهرب من البحر الحريم . فماذا تملك الدولة الساحلية أن تفعل فى هذه الحالة ؟ هذا هو ما يبحثه الفقه المعاصر تحت عنوان حق التتبع والمطاردة أو حق المطاردة الحثيثة وهو حق استقر عن طريق الاعتراف الدولية . وقد عاجلت المادة / ١١١ من معاهدة مونتيجو أحكام ذلك الحق فقالت :

« ١ - يجوز القيام بمطاردة سفينة اجنبية مطاردة حثيثة عندما يكون لدى السلطات المختصة للدولة الساحلية اسباب وجيهة للاعتقاد بأن السفينة انتهكت قوانين وأنظمة تلك الدولة ويجب أن تبدأ هذه المطاردة عندما تكون السفينة الاجنبية أو أحد زوارقها داخل المياه الداخلية أو المياه الأرخبيلية أو البحر الإقليمى أو المنطقة المتاخمة للدولة القائمة بالمطاردة ، ولا يجوز مواصلة المطاردة خارج البحر الإقليمى ، أو المنطقة المتاخمة الا اذا كانت المطاردة لم تنقطع . وليس من الضروري ، حين تلقى السفينة الاجنبية الموجودة داخل البحر (الإقليمى) أو المنطقة المتاخمة أمر التوقف أن تكون السفينة التى أصدرت الأمر موجودة كذلك داخل البحر (الإقليمى) أو المنطقة المتاخمة . وإذا كانت السفينة الاجنبية موجودة داخل منطقة متاخمة ، كما هى معرفة فى المادة ٣٣ ، لا يجوز القيام بالمطاردة الا اذا كان هناك انتهاك للمصالح التى انشئت المنطقة من اجل حمايتها .

- ٢ — ينطبق حق المطاردة الحثيثة ، مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال على مايقع في المنطقة الاقتصادية الخالصة أو على (الجرف القارى) بما في ذلك مناطق السلامة المحيطة بالمنشآت المقامة في (الجرف القارى) .
- ٣ — ينتهى حق المطاردة الحثيثة بمجرد دخول السفينة التى تجرى مطاردتها البحر(الاقليمى) للدولة التى تنتمى اليها أو البحر الاقليمى للدولة اخرى .
- ٤ — لا يجوز أن يمارس حق المطاردة الحثيثة الا سفن حربية او طائرات عسكرية أو غيرها من السفن أو الطائرات التى تحمل علامات واضحة تدل على انها فى خدمة حكومية ومأذون لها بذلك .
- ٥ — فى حالة إيقاف أو احتجاز سفينة خارج البحر (الاقليمى) فى ظروف لا تبرر ممارسة حق المطاردة الحثيثة ، تعوض عن اى خسارة او ضرر يكون قد لحق بها نتيجة ذلك » .

ويطول الكلام فى تفاصيل حق الملاحقة المتواصلة ولكنى لا أرى داعيا للايغال فيها حيث أن القصد هو التعرف على مدى اقرار النظرية بهذا الحق من حيث هو . ثم إن معظم التفاصيل هى من باب حسن تنظيم شئون الدنيا التى تقاس مشروعيتها بمقياس المصلحة العامة حسبما تقدره السلطات المختصة .

إن قيام الدولة بملاحقة السفينة فى الظروف التى اسلفت هو استجابة لحق من حقوقها ولذا فانه يدخل فى تقديرى — فى الحقوق العامة غير المعينة اى التى ليست لقوم معينين بل تعود منفعتها لمطلق المسلمين او الجماعة منهم حيث أن الكل محتاح اليها لأنها تنغيا لتحقيق المقاصد الضرورية التى تعمل الشريعة الإسلامية على اقرارها لحماية حقوق الناس العامة فى انفسهم واموالهم واعراضهم وعقولهم ودينهم وفيها يقول ابن تيميه وتسمى حدود الله وحقوق الله مثل قطاع الطرق والسراق والزنا ونحوهم ومثل الحكم فى الاموال السلطانية والوقوف والرصايا التى ليست لمعينين ، فهذه من أهم امور الولايات ولهذا قال على بن ابي طالب رضى الله عنه : لا بد للناس من إمارة برة كانت أو فاجرة فقيل ياأمير المؤمنين هذه البرة قد عرفناها فما بال الفاجرة فقال تقام بها الحدود

الحدود وتؤمن السبل وينجاهد بها العدو ويقسم بها الفىء . وهذا القسم يجب على الولاية البحث عنه وإقامته من غير دعوى أحد به ، وكذلك تقام الشهادة فيه من غير دعوى أحد به » (عبد الوهاب عبد العزيز الشيشانى — حقوق الانسان وحرياته الأساسية فى النظام الإسلامى والنظم المعاصرة ، مطابع الجمعية العلمية الملكية ، سنة ١٩٨٠ ، ص ٣٥٨ ، ٣٥٩) . ذلك أن حق الملاحقة المتواصلة هو فى عقيدتى تطبيق من تطبيقات حق الدولة فى الدفاع عن كيانها ومصالحها ولكنه استقل بذاته .

ومادام أن الملاحقة المتواصلة هو حق من حقوق الله اى للمجتمع — فانه لايجوز انقطاعه ويجب على الولاية مراعاته وادائه من غير دعوى إحداه (ابن تينية — السياسة الشرعية فى اصلاح الراى والرعية ، ص ٣٤) .

ومن ثم فان من حق الدولة الإسلامية الساحلية ان تقوم بملاحقة السفن التى تحاول ان تهرب من الخضوع لاختصاصها مادام أن هناك قرينة قوية قد توافرت على ان السفينة ارتكبت — اثناء وجودها فى البحر الحريم أو البحر الحجاز أو البحر الوقف — مخالفة قانونية .

إن هذه المهمة — اذا أردت تكييفها على هدى من النظرية الإسلامية أجد انها أقرب ما تكون إلى الحسبة والحسبة شرعاً هي أمر يتصدى له المحتسب بحكم الولاية فيعمل على الزام المدعى عليه الخروج من الحق الذى عليه بما خول من سلطة السلطة واستطالة الحماية لأن فى تأخيرها للحق منكراً هو منصوب لازالته ولا يلزم — طبقاً للرأى الذى اعتمده — أن يكون المحتسب من اهل الاجتهاد مادام انه عارف للمنكرات المتفق عليها ولذا فإن الجهاز الذى له ان يمارس الملاحقة المتواصلة هو الجهاز المخول اختصاص مراقبة أمن البحار كالسفن الحربية أو السفن العامة المكلفة بذلك أو الطائرات التى من هذا القبيل لأن ولاية الفصل فى هذا الامر متاحة لها . فاذا استهدينا فكرة الحسبة فى أوصاف ممارسة حق الملاحقة المتواصلة نجد أن اوصاف الحق فى النظرية الإسلامية لا تختلف كثيراً عن اوصافه فى النظرية المعاصرة ، ألا وهى :

- (١) ان تقوم «قرينة قوية» على أن السفينة قد ارتكبت المخالفة القانونية .
- (٢) ان يصدر أمر للسفينة بالوقوف ولكن السفينة لاتذعن للأمر .
- (٣) أن يتم القبض قبل أن تدخل السفينة المياه الوطنية لدولتها أو لدولة أخرى لأن ولاسة الحسبة لا تمتد لأبعد مما تمتد اليه حاكمية الدولة التي أضفت الولاية على المحتسب .

أما شرط ان تكون الملاحقة مستمرة غير منقطعة وان انقطاعها لأى سبب ولو كان قوة قاهرة — يجعلها غير مشروعة فلا أرى له رخصة في النظرية الإسلامية إذ مادام ان هناك ملاحقة وأن هذه الملاحقة افضت إلى القبض على السفينة في منطقة تمتد اليها ولاية الدولة فلا ضير على الدولة في ممارستها لذلك الحق لا سيما وأن المبرر الذى يستند اليه هذا الشرط هو أن حتى الملاحقة المتواصلة حتى استثنائى ولا يجوز التوسع فى الاستثناء لانه يضيق على حرية البحر العالى بلا مبرر لا يقوم فى النظرية الإسلامية لأن الملاحقة المتواصلة حق وواجب بالنسبة للدولة الإسلامية كما أسلفت . صحيح ان الدولة يجب أن تكون خريصة ومتابعة للملاحقة ولكن التشدد إلى حد تطلب عدم الانقطاع أيا كانت اسباب الانقطاع امر لا أرى انه ينسجم مع منطق النظرية الإسلامية .

كذلك أقول ان النظرية الإسلامية تتسع للقول بأن الدولة تسأل عن هذا التصرف اذا اتضح انها كانت غير محقة فى ممارستها وأن القرائن التى استندت اليها كانت واهية . وأرى ان الدولة يطبق عليها فى هذه الحالة حكم العمد شبه الخطأ حيث يكون المسئول عامدا للفعل ولكنه غير قاصد للاضرار التى اسفر عنها الفعل . وهذا تجب فيه الديه . وفى قول آخر فإن العمد شبه الخطأ يمكن ان يقيم على الدولة المسئولية التى وضعتها المادة ١١١/٨ من اتفاقية مونتيجو بقولها « فى حالة ايقاف او احتجاز سفينة خارج البحر (الاقليمى) فى ظروف لاتبرر ممارسة (حق المطاردة الخيثة) ، تعوض عن اى خسارة او ضرر يكون قد لحق بها نتيجة ذلك » .

ويمكن ان اضيف ان على الدولة اذ تمارس حق الملاحة المتواصلة ان تتقيد باتخاذ الضروري فحسب لتحقيق الغرض الذى قامت من اجله بالملاحقة ، فلا تعتمد مثلاً إلى اغراق السفينة أو تدميرها الا اذا اضطرتها الظروف القاهرة إلى ذلك . فان هى تجاوزت هذا النطاق كانت مسئولة عن تصرفاتها من حيث أن حق الملاحة — كما قلت — هو صورة من صور الدفاع الشرعى ولا يجوز لمن يمارس حق الدفاع الشرعى ان يتجاوز نطاق الحق .

المبحث الثانى

فى

المنطقة الحجاز (المنطقة المتاخمة)

المنطقة المتاخمة فى النظرية المعاصرة :

يسمح القانون الدولى المعاصر للدولة الساحلية بأن تحتزىء من البحر العالى أو المنطقة الاقتصادية — على خلاف فى رأى — حزاماً بحرياً يتاخم بحرها الساحلى وذلك بقصد الحماية والوقاية . ويطلق فقهاء العرب على هذا الحزام عدة مسميات انتقيت منها مسمى « المنطقة المتاخمة » .

وقد برزت فكرة المنطقة المتاخمة أول ما برزت كحل يوفق بين المتغالبين فى الامتداد بالبحر الساحلى إلى مسافات وبين المتحفظين الذين يرون قصر البحر الساحلى على ثلاثة أميال فحسب . ولذا فإن المنطقة المتاخمة هى فى حقيقتها منطقة حجاز بين البحر العالى حيث يطبق مبدأ الحرية وبين البحر الساحلى — حيث يخضع لدرك السيادة . وتتضح فكرة الحجاز هذه من الأغراض التى تنوخواها الدول من وراء الأخذ بمنطقة متاخمة . فالمصالح التى تحققها الدولة الساحلية من وراء ادعاء منطقة متاخمة هى :

(١) منع انتهاك القوانين المالية والجمركية والصحية والأمنية داخل المياه الساحلية .

(٢) المعاقبة على مخالفة تلك القوانين إذا ارتكبت مخالفة من هذا القبيل فى

المنطقة المتاخمة أو في المياه الساحلية . ويضيف البعض إلى تلك الأغراض حماية المصالح العسكرية كذلك .

المنطقة الحجاز (المتاخمة) في النظرية الإسلامية :

قلت إن المنطقة المتاخمة هي منطقة حجاز تحمى مصالح معينة للدول الساحلية . وفكرة المنطقة الحجاز ليست غريبة على الفقه الإسلامى فهى جمى يخدم أغراضا معينة تقتضيها المصلحة العامة ، بيد أن الحجاز فى النظرية الإسلامية هو منطقة من اليابسة تخدم منطقة يابسة أخرى . والمنطقة المتاخمة التى نتكلم عنها هى منطقة بحرية وليست برية ، وهنا يأتي دور الاجتهاد الذى يعتمد على اعتبارات الاستحسان لتطوير الفكرة التقليدية فى الحجاز وتطويرها لخدمة أغراض الجماعة الدولية المعاصرة وحفظ مصالح الدول الإسلامية فى تلك الجماعة ، إذ لا ضير من أن تحمى اليابسة بحجاز بحرى كما أننا نحميها بحجاز برى مادام أن الأغراض واحدة والغاية متماثلة تحقيقا لمصالح عام لا يتعارض حكمه مع نص شرعى فى القرآن الكريم أو الحديث الشريف .

إن المنطقة الحجاز فى النظرية الإسلامية هى تخصيص مساحة من الأرض الموت — أو التى لا يملكها أحد — لأغراض صحية ومالية وعسكرية وهذا هو التعريف ذاته تقريبا ، الذى تقول به النظرية المعاصرة فى المنطقة المتاخمة . وبذلك فإن النظرية الإسلامية لا تمنع فى أن تحتجز جزءا من البحر العالى أو المنطقة الاقتصادية — لتأمين المصالح المالية والصحية والأمنية والعسكرية لليابسة مقابل الأغراض التى تحققها المنطقة الحجاز البرية وهى رعى خيل الحى وإبل الصدقة وما يشبهها (وهذا صالح مالى وصحى) وترتيب آليات الجيش والحكومة (وهذا صالح أمنى عسكرى) . إن احتجاز حزام بحرى ليكون منطقة حجازا يرتب — فى النظرية الإسلامية — انتقال ذلك الحزام من حالة الإباحة إلى الملكية العامة للدولة الساحلية خدمة لمصالح تلك الدعوى ، والحق — كما نعلم — من خاصيته الانحصار فى صاحبه وبذلك يكون للدولة الساحلية وحدها حق حماية مصالحها المذكورة آنفا داخل المنطقة الحجاز .

ولا أرى غضاضة في أن تعدد الدولة الساحلية استخدامات المنطقة الحجاز بتعدد الأغراض التي تعتمد عليها النظرية المعاصرة ، فهنا نشهد صورة أخرى من صور التكامل بين القانون الدولي الإسلامي والقانون الدولي المعاصر .

وإذا كان في الفقه من يرى أن يتعدد امتداد المنطقة المتاخمة بتعدد أغراضها فيكون لكل غرض امتداد يتفق مع تحقيق الغاية المرجوة منه فإن النظرية الإسلامية ترى ذلك أيضا لأن من الفقهاء المسلمين من قال بتعدد امتداد المنطقة الحجاز حسب الأغراض المرجوة منها . بيد أنه إزاء اتفاق الجماعة الدولية اليوم على امتداد محدد للمنطقة المتاخمة فإنني أرى — ترجيحاً لصالح الدول الإسلامية بعدم الخروج على هذا الإجماع والتعرض بذلك للمناجزة من الدول الأخرى — أن نكتفي بامتداد مماثل للمنطقة الحجاز .

وحرى بالذكر أن مدرك البحر الوقف (المنطقة الاقتصادية) لا يغنى عن مدرك المنطقة الحجاز (المتاخمة) لأن كلا من المدركين يتغيا أغراضاً مختلفة ، فالبحر الوقف يستهدف مصالح اقتصادية بينما تستهدف المنطقة الحجاز مصالح أمنية . ثم إن المنطقة الحجاز تسمح للدول — لاسيما النامية منها — بأن تمارس حماية أكثر فعالية ضد تهريب السلع ودخول العمالة إليها بطرق غير مشروعة لأن إمكاناتها قد لا تيسر لها تحقيق ذلك على نحو كامل في بحرهما الساحلي ، كما أنها توفر فرصة أوسع للدولة الساحلية لحماية ذاتها ضد التلوث القادم من البحر .

المبحث الثالث

فى

البحر الوقف (المنطقة الاقتصادية)

دهليز إلى البحث :

المنطقة الاقتصادية تقسيم من تقسيمات البحر دخل القانون الدولي حديثاً — وقد بدأت إحصائياته تحت عدة مسميات لعل أشهرها هو التعبير

الافرنجي patrimonial sea وهو تعبير حار الفقه العربى فى تعريفه فقال البعض « بحر الذمة » ظنا منهم — وهو ظن خطأ — أن patrimony تعادل patrimonie فى الفرنسية . وقال آخرون « البحر الإراثى » اخذاً بأن كلمة pateimony تعنى من بين ما تعنى الإراث وهذا وصف لا يتفق مع المفهوم القانونى الصحيح للمنطقة الاقتصادية ولذا فإنى ذهبت فى تعريفه إلى أقرب مفهوم فى لغة العرب له وهو « البحر الوقف » . ولكن اتفاقية مونتيجو — بعد أن تطور مدرك البحر الوقف فأصبح يشمل السطح والقاع معا — اختارت مصطلح « المنطقة الاقتصادية الخالصة » . وقد عرفتها اتفاقية مونتيجو بأنها « منطقة واقعة وراء البحر الاقليمى . وملاصقة له يحكمها النظام القانونى المميز المقرر فى هذا الجزء (أى الجزء الخامس من الاتفاقية الخاص بالمنطقة الاقتصادية) (م ٢٨) ولا تمتد المنطقة إلى أكثر من ٢٠٠ ميل بحرى من خطوط الأساس التى يقاس منها عرض (البحر الاقليمى) (م ٥٧) . ومعنى هذا أن المنطقة الاقتصادية قد يختلف امتدادها من دولة إلى أخرى ولكنها لا تتجاوز على أية حال ٢٠٠ ميل بحرى .

وقد حظى مدرك المنطقة الاقتصادية الخالصة بقبول عالمى عريض أهله لأن يصبح فى فترة زمنية قصيرة — من بين الأعراف الدولية .

حقوق الدول فى المنطقة الاقتصادية : النظرة الغربية :

وتكشف النظرة الشاملة إلى مدرك « المنطقة الاقتصادية الخالصة » كما كرسته اتفاقية مونتيجو عن أن حقوق الدولة فى تلك المنطقة هى حقوق سيادة اقتصادية تتمثل فيما يلى :

- ١ — حقوق سيادية لغرض كشف واستغلال الموارد الطبيعية الحية منها وغير الحية ، وكذا فيما يتعلق بأوجه النشاط الأخرى للكشف والاستغلال الاقتصاديين للمنطقة كإنتاج الطاقة من المياه والتيارات والرياح .
- ٢ — ولاية فيما يتعلق بإقامة واستعمال الجزر الاصطناعية والمنشآت والتركيبات ، والبحث العلمى البحرى ، وحماية البيئة البحرية والحفاظ

عليها ، والحقوق والواجبات الأخرى المنصوص عاها في اتفاقية مونتيجو (م ٥٦ من اتفاقية مونتيجو) .

وتفرض الاتفاقية على الدولة في ممارستها لسيادتها الاقتصادية هذه أن تولي المراعاة الواجبة لحقوق الدول الأخرى وواجباتها . بيد أن الاتفاقية فرقت في وصف حقوق الدولة تلك بين ممارستها في سطح المنطقة وبين ممارستها في تربة وتحتية المنطقة .

فالدولة تمارس ولاية خالصة على الجزر الاصطناعية والمنشآت والتركيبات ، أما فيما يتعلق بالانتفاع بالموارد الحية فتتلخص أحكام الاتفاقية فيما يلي :-

أ — للدول غير الساحلية والدول المتضررة جغرافيا — بتروط وقيود معينة — الحق في المشاركة على أساس منصف في استغلال جزء مناسب من فائض الموارد الحية للدول الساحلية الواقعة في نفس المنطقة الإقليمية أو دون الإقليمية . بيد أنه لا يحق للدول غير الساحلية الراية أن تمارس هذا الحق إلا إذا كانت الدولة صاحبة المنطقة الاقتصادية دولة راية أيضا (م ٦٩ ، ٧٠ من الاتفاقية) .

ب — توقف حقوق المشاركة تلك في حالة الدول الساحلية التي يعتمد اقتصادها اعتمادا كليا على استغلال الموارد الحية لمنطقتها الاقتصادية الخالصة (م ٧١ من الاتفاقية) .

ج — هناك تنظيم خاص بالأسماك البحرية النهرية السراء والنهرية البحرية السراء ، والأنواع الأبدية ، والثدييات البحرية . وفيما يتعلق بالثروة غير الحية فإن الدولة تمارس سيادة اقتصادية خالصة لا تشاركها فيها دول أخرى ، لأن حكم قاع المنطقة الاقتصادية ألحق بالإفريز القارى . والحق أن هذا الإلحاق الذى ينتهى إلى أن الاحكام المميزة للمنطقة الاقتصادية إنما تنصرف في الحقيقة إلى عمود الماء فحسب ، هو الذى جذب لدى أن اتبسك بمصطلح « البحر الوقف » بالنسبة لتلك المنطقة .

وتتمتع جميع الدول في قاع المنطقة الاقتصادية — وكذا في أجوائها — بحريات الملاحة والتحليق ووضع الأسلاك (الكابلات) وخطوط الأنابيب المغمورة وغير ذلك مما يتصل بهذه الحريات من أوجه استخدام البحر المشروعة كتلك المرتبطة بتشغيل السفن والطائرات والأسلاك (الكابلات) وخطوط الأنابيب المغمورة ، وذلك رهن بالأحكام ذات الصلة التي تنص عليها الاتفاقية (م ٥٨ من الاتفاقية) :

ويتضح من العرض الموجز الذى أسلفته أن مدرك المنطقة الاقتصادية الخالصة يقوم على المفاهيم التالية :—

أ — للدولة الساحلية حق أفضلية في الثروات الحية وحق انحصارى في الموارد غير الحية .

ب — للدولة المتضررة حق في المشاركة على أساس منصف في الموارد الحية للمنطقة ، وهى مشاركة تبنى على العدالة . ولذا فإنها تقتصر على الفائض من الثروات الحية ، كما أنها تمنع على الدول الراية في المنطقة الاقتصادية لدول نامية .

ج — محاولة إيجاد توازن بين السيادة الاقتصادية المقررة للدولة الساحلية وبين الحريات التي كانت تمارسها الدول في تلك المنطقة قبل أن تصبح منطقة اقتصادية خالصة . وقد اختلف الفقهاء في وصف ذلك التوازن تبعا لاختلافهم في تكييف الطبيعة القانونية للمنطقة الاقتصادية الخالصة .

فهناك زمرة ذهبت إلى أن المنطقة جزء من البحر العالى ومن ثم فإن الأصل هو أن تمارس الدول فيها حرياتها التي تمارسها في البحر العالى مالم يوجد منع أو تحديد صريح . وقال آخرون بأن المنطقة امتداد للبحر الساحلى وتبعاً فإن للدولة الساحلية عليها ما لها على بحرها الساحلى عدا ماورد من استثناءات في الاتفاقية . واتجه فريق ثالث إلى أن المنطقة الاقتصادية منطقة من نوع خاص ولذا فإن لها نظامها الخاص الذى رسمته الاتفاقية .

حقوق الدول في البحر الوقف : النظرة الإسلامية :

ومدرك البحر الوقف — شأنه شأن التحجير على مأين — هو من المدركات التي تحقق مقصد المال بالنسبة للدولة ومقصد المال هو أحد مقاصد التشريع الإسلامي الخمسة . وقد فصل الماوردى في ذلك تفصيلا يكشف عن نظرة واقعية فقال : « خصب دائم أى الوفرة في نتاج الأرض ، والممتلكات والأموال ، فيها يقل في الناس الحسد وينتفى عنهم تباغض العدم ، وتوسع النفوس وتكثر المؤاساة والتواصل ، وذلك من أبهى الدواعى لصالح الدولة ، وانتظام أحوالها ، لأن الخصب يؤول إلى الغنى ، والغنى يورث الأمانة والشجاعة » (أدب الدين والدنيا للماوردى ، ص ١٢٧) .

أما قاع المنطقة الاقتصادية فهو والإفريز القارى — على الرغم مما بينهما في النظرية الغربية من فوارق ذات أهمية ثانوية — يتداخلان حكما في النظرية الإسلامية ، وتبعاً فإن حكمهما واحد وتكييف حقوق الدولة عليهما واحد لا سيما وأن امتداد القاع قد يختلف في النظرية الإسلامية عنه في النظرية الغربية ، وهو مايرد تفصيله عند الكلام على الإفريز القارى أو التحجير ولكن ماقول النظرية الإسلامية في طبيعة المنطقة أهي جزء من البحر العالى أم جزء من البحر الساحلى (الحريم) أم هي منطقة بذاتها ؟ تحتل الإجابة على هذا السؤال رأين :

١ — فقد يقال إن مبدأ اشتراك الناس في الماء يجعل أن الأصل في كل ماء أنه مشترك والاستثناء غير ذلك ، ومن ثم فإن المنطقة الاقتصادية هي أصلاً ماء مشترك — أى بحر عال — وردت عليه الاستثناءات التي أقرتها الجماعة الدولية ، وتبعاً فإن حقوق الدولة الساحلية عليها يجب أن تفسر تفسيراً مضييقاً .

٢ — وقد يقال — وهذا مأراه — إن الماء الذى يعنيه الحديث الشريف عندما قرر إشراك الناس فيه هو الماء العذب لأن الحكمة في تلك الشركة ترجع

إلى ظروف الحياة العربية في صحراء جرداء تفتقر إلى الماء وتعتبره إكسير الحياة لحاجتها إليه في الشرب والسقى ، والماء الذى تتوفر فيه هذه الحكمة هو الماء العذب وليس الماء الأجاج . ومن ثم فالبحر الوقف ليس جزءا من البحر العالى (الأوقيانوس) كما أنه ليس جزءا من البحر الحريم لأن للبحر الحريم أحكامه وأوصافه الخاصة به والتي لا تنصرف إلى البحر الوقف . ومن ثم فإن البحر الوقف في النظرية الإسلامية هو — فيما أقول — منطقة بذاتها لها أوصافها وأحكامها الخاصة بها . بيد أن هذه الأحكام يمكن أن نستعير بعضها من النظرية المعاصرة في حدود ما ذكره بشأن الثروات والموارد وحكم القاعدة « لا ضرر ولا ضرار » .

قلت إن نظام الوقف هو أقرب النظم التى أرى أن اقتبس منها أحكام المنطقة الاقتصادية وأقرب إليه المفاهيم الدولية المعاصرة في النظرية الإسلامية . وركيزتي في ذلك أن الوقف عقد لازم لا يجوز فسخه بإقالة أو غيرها لأنه عقد يقتضى التأيد . وهو إذا كان على جمع محصور ينقل الملك في العين الموقوفة على ذلك الجمع ولكنه سبب يزيل التصرف في الرقبة أى انه يخرج العين عن حكم المالية لأنه لو كان تمليكا للمنفعة المجرة لم يلزم كالإجارة والحرم من حق التصرف في العين لا يعنى عدم ملكيتها كأم الولد فإنه يملكها ولا يملك التصرف في رقبته .

وهذا هو ما ينطبق على المركز القانوني للمنطقة الاقتصادية الخالصة ، وحق السيادة الاقتصادية الذى تمارسه الدولة عليها . ذلك أن السيادة الاقتصادية تعادل في النظرية الإسلامية ملك المنفعة ، وهو ملك يقع على عين المنفعة دون الرقبة . (عدنان خالد التركمان — ضوابط الملكية ، المرجع السابق ، ص ١٧) . وفي قول آخر فإن مكنة الدولة في التصرف إنما ترد على المنفعة دون الرقبة .

ذلك أن الواقف هي الجماعة الدولية والعين الموقوفة هي المنطقة الاقتصادية الخالصة والموقوف عليها هي الدولة الساحلية ، واتفاقية فونتييجو بشروطها — أو ما يعادلها — هي بمثابة شروط الواقف .

. والوقف مصدر وقف بمعنى حبس وأحبس وسبل . والأصل فيه ماورد عن عبد الله بن عمر قال « أصاب عمر أرضا بخير فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها . فقال يا رسول الله إني أصبت مالا بخير لم أصب قط مالا أنفس عندي منه ، فما تأمرني فيها . قال إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها » وتحيس الأصل وتسبيل الثمرة بمعنى إمساك الذات عن أسباب التملكات وإطلاق فوائد العين الموقوفة من غلة وثمره وغيرها للجهة المعنية . وسمى وقفا لأن العين موقوفة وحبسها لأن العين محبوسة .

ويحصل الوقف بكل ما أدى معناه ولو كان بالفاظ غير التي غلبت في صياغة الوقف — ولذا فإن عبارات اتفاقية مونتيجو قد انشأت — فيما أرى — وقفا دوليا ولو أنها لم تورد اللفظ بذاته وإنما أوردت في صياغتها معناه ودليل ذلك عندي أن أحكام المنطقة الاقتصادية الخالصة تتقارب — ولكن من منظور دولي — مع الأحكام الرئيسة في الوقف .

فلو أننا نظرنا في شروط صحة الوقف نجد أنها تقابل شروط قيام المنطقة الاقتصادية ، وإليك البيان :

- ١ — يشترط في الوقف أن يكون في عين معلومة يصح بيعها . وهذا هو حال المنطقة فهي عين معلومة يمكن أن تكون محل تصرفات دولية .
- ٢ — ان يكون الوقف فيما يمكن الانتفاع به وإنما مع بقاء عينه عرفا . والمنطقة كذلك يجري الانتفاع بها دائما وتبقى عينها عرفا .
- ٣ — يتطلب في الوقف أن يكون على ير ، والبر هنا اسم جامع للخير . وبدهى أن نظام المنطقة الاقتصادية الخالصة يستهدف خير الدولة الساحلية وغيرها من الدول لاسيما الدول الحبيسة والمتضررة ، كما أسلفت .

- ٤ — أن يقنع الواقف بالكفاية من الرزق ويجب ألا يمسك مايفضل عن حاجته ، وتلك هي الخلفية التي انبعثت عنها فكرة المنطقة الاقتصادية الخالصة حيث أنها تقف عند الحد الذي يوفر للجماعة الدولية

ككل — في مياه المنطقة الاقتصادية وترتبتها والتحتربة — كفاية من الرزق وتبعاً فلا داعي لحبس مايتجاوز ذلك عن الدول الساحلية التي يعيش شعبها على ثروات المنطقة الاقتصادية لاسيما ثروتها السمكية

٥ — أن يكون الوقف على جهة معينة ، والجهة هنا هي الدولة الساحلية لأن الوقف يقتضي تحييس الأصل تحييساً لايجوز إزالته . ومن ملكه غير ثابت تجوز إزالته . بيد أن الوقف على جهة معينة لا يمنع من اشتراط منفعة لجهة أخرى كأن يقف الأمة مثلاً على زيد ويشترط تزويجها من عمرو لأن شرط الواقف يعمل به . وهنا شرط الواقف — أى أحكام معاهدة مونتيجو — أن توقف المنطقة على الدولة الساحلية ولكل اشتراط شروطاً لمصلحة الدول عموماً وشروطاً أخرى لمصلحة الدول الحبيسة والمتضررة خاصة .

٦ — أن يقع ناجزاً غير معلق ولا مؤقت ولا مشروط بخيار ، وهذا هو الحال بالنسبة للمنطقة فإن الدولة إذ تعلن قيام المنطقة فإن حقها فيه يصبح ناجزاً غير معلق ومؤبداً لا خيار فيه .

٧ — أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله وهو المكلف الرشيد وقد قدمت أن اتفاقية مونتيجو — وهي اتفاقية دولية عالمية — أو شبه عالمية — هي التي كرس تدرك المنطقة الاقتصادية باسم الجماعة الدولية .

والجماعة الدولية أياً كان الخلاف حول تكييفها القانوني ممثلة في الدول أعضاء الجماعة الدولية هي التي يصح تصرفها فيما هو مال مشترك لتلك الجماعة ، وهي بمثابة المكلف الرشيد في مثل تلك التصرفات .

والقول عندى إن الدولة الساحلية لها صفتان : فهي موقوف عليه وهي أيضاً بمثابة الناظر على الوقف . ولذلك فإن لها في إدارة الوقف — إلى جانب حقها كموقوف عليه — مأللناظر من حقوق وعليها ماعليه من واجبات . ونظراً لأننى عندما أطلقت مسمى « البحر الوقف » على المنطقة الاقتصادية الخالصة قصدت أن أطلقه على اليم (عمود الماء) فحسب — من حيث أن قاعها

يختلط بالإفريز القارى، ولو أن هناك بعض الفوارق الثانوية في شأن القاع بين قاع المنطقة والإفريز — فإن حقوق وواجبات الدولة الساحلية كناظر للوقف تنصرف أساسا إلى مافي عمود الماء من ثروات . وتبعاً فإن ماتتضمنه اتفاقية مونتيجو من أحكام تتعلق بالحفاظ على تلك الثروات فتضفي في سبيل ذلك حقوقاً والتزامات على الدولة الساحلية إنما يقابل ما للناظر من حقوق وماعليه من التزامات في سبيل الحفاظ على عمارة الوقف ، ذلك أن اتفاقية مونتيجو قد عاملت الدولة الساحلية — من حيث هي ناظر — على أنها دولة مؤتمنة مكلفة بالتصرف ، هذا فضلا على أن فقهاء المسلمين يقولون إن الواقف إذا شرط تقديم الجهة (أى تقديم الموقوف عليه) عمل به مالم يؤد ذلك إلى تعطيل . فإذا أدى ذلك إلى تعطيل هدمت العمارة حفظاً لأصل الوقف . وقد جاءت أحكام اتفاقية مونتيجو — على نحو مايتضح عند عرض تلك الأحكام — تطبيقاً أميناً لذلك المبدأ .

كذلك يذهب الفقه الإسلامى إلى أنه إذا علم من ريع الوقف أنه يفضل دائماً وجب صرف الفائض لأن بقاءه فيه فساد . وتلك القاعدة هي منطلق الحقوق التي قررتها اتفاقية مونتيجو للدول الحبيسة والمتضررة . ومانقرأه للفقهاء في شأن غلة الوقف كقولهم إن وقف على ثغر فاختل الشجر صرف الموقوف على ثغر مثله ، حكم يحسن أن تنمطه الدولة الساحلية . كذلك يجوز تغيير صورة الوقف لمصلحة كأن يحيل الدار حانوتا . ومن ثم فإن البحث العلمى الذى يستعان به في حسن ادارة المنطقة الاقتصادية يمكن — إلى جانب أن العلم ضالة المؤمن — أن يستند في ترشيد أحكامه على هذه الفكرة . ومن حيث أن اتفاقية مونتيجو قد أطلقت إضافة الحقوق على الدول الحبيسة والمتضررة دون تحديد فإن ذلك الإطلاق يقتضى — من حيث الأساس — التسوية بينها في الحقوق مالم يقر مبرر للتمييز .

إن ماقدمت من افكار عامة في التقريب بين فكرتى البحر الوقف والمنطقة الاقتصادية الخالصة يعينى في هذه الدراسة الكلية . وفي الأمر تفصيل يطول لمن يريد الاستزادة .

ومن المشكلات الطريفة في خصوص البحر الوقف مشكلة كيفية اكتساب الدولة له ، وفي قول آخر ، هل تملك الدولة الساحلية بحرا وقفا تلقائيا أم انها تحتاج في ذلك إلى اعلان .

لقد ناقش الفقه المعاصر هذه المشكلة بالنسبة للمنطقة الاقتصادية وانقسم حيالها فريقين :—

أ — فريق يرى أن المنطقة الاقتصادية تنقرر للدولة تلقائيا لأن اتفاقية مونتيجو قالت إن للدولة الساحلية حقوقا في المنطقة الاقتصادية ولم تقل إنه يجوز للدولة الساحلية أن تنشئ منطقة اقتصادية (١ / ٥٦) ومن ثم فإن للدولة حقا لصيكا في المنطقة الاقتصادية دون حاجة إلى أن تتخذ من أجل ذلك إجراء ما .

ب — وفريق يرى أن الدولة لا بد أن تعلن قصدتها في انشاء منطقة اقتصادية إن هي شاءت أن تكون لها منطقة ، واعتبار هذا الفريق هو أن القسم السادس من اتفاقية مونتيجو — في شأن الإفريز القارى — ذكر صراحة أن الدولة تتمتع تلقائيا بإفريز قارى ، فلو أنه أراد أن يطبق ذلك الحكم على المنطقة الاقتصادية لذكر ذلك صراحة . أما وقد خلت الاتفاقية من مواد مماثلة فإنه لا بد أن يختلف الحكم بين المنطقة الاقتصادية والإفريز القارى فنتطلب في قيام المنطقة الاقتصادية سبق الإعلان من الدولة المعنية .

وفي عقيدتي أن الرأي الثانى هو الأقرب إلى النظرية الإسلامية لأن الوقف لا يقوم تلقائيا بل لا بد من أن تتخذ الإجراءات النظامية لإنشائه ، ومن ثم فإن الدولة التى تريد أن تنعم ببحر وقف عليها أن تعلن عن ذلك وتتخذ الإجراءات النظامية التى تعلم الدول به وبحدوده وقوانينها وتعليماتها بشأن استخدام الغير له .

ولما كانت أهم أحكام المنطقة الاقتصادية في النظرية الغربية إنما تتعلق بكشف واستغلال الثروة الحية فإننا نناقش تلك الأحكام في النظرية الإسلامية .

يبدأنى استملح أن أرجىء ذلك إلى مابعد استعراض مفهوم الإفريز القارى (التحجير) فى النظرية الإسلامية حتى أجمع الكلام عن الثروات الحية والموارد غير الحية فى عرض متكامل .

المبحث الرابع فى

الإفريز القارى (التحجير)

الإفريز القارى فى المفهوم المعاصر :

انتهت الأبحاث العلمية الخاصة بنسب غور البحار إلى أن قاع البحر ينحدر انحداراً تدريجياً من الساحل حتى يصل إلى عمق مائتى متر تقريباً ثم يهوى فجأة بمنحدر عميق يسمى بالمنحدر القارى ، ومن هنا جاءت تسمية هذا الجزء من قاع البحر الذى يقع بين ساحل القارة وبين المنحدر القارى باسم الإفريز القارى (أو الهضبة الساحلية أو الجرف القارى أو الامتداد القارى أو الرصيف القارى أو الرفرف القارى) ولا أرى غضاضة فى أن استعمل مصطلح الإفريز القارى كمسمى للمنطقة فى النظرية الإسلامية . إلا أن هذا لا يعنى أن كل ساحل له إفريز قارى أو أن الإفريز القارى — إن وجد — فهو يمتد امتداداً متاثلاً حيث يوجد . فهناك سواحل بلا إفريز — كما هو الحال بالنسبة لبعض الاجزاء فى ساحل شيلي وبيرو — فى حين أنه قد يصل إلى ثمانمائة ميل فى نواح أخرى كالبحر الأصفر مثلاً .

وقد صاحب هذا المفهوم الجيولوجى المفهوم القانونى فى أول مولده ثم انفصل المفهومان فأصبح للإفريز القارى تعريف قانونى يختلف عن مفهومه الجيولوجى .

وقد عرفت المادة / ٧٦ من اتفاقية مونتيجو الإفريز القارى (الجرف القارى) بأنه « قاع وباطن أرض المساحات المغمورة التى تمتد إلى ما وراء بحرهما (الإقليمى) فى جميع أنحاء الامتداد الطبيعى لإقليم تلك الدولة حتى

الطرف الخارجى للحافة القارية ، أو إلى مسافة ٢٠٠ ميل بحرى من خطوط الأساس التى يقاس منها البحر (الإقليمى) إذا لم يكن الطرف الخارجى للحافة القارية يمتد إلى تلك المسافة » (م ١/٧٦) ، وتضيف الفقرة السادسة من المادة ٧٦ أنه « لا تبعد الحدود الخارجية (للجرف القارى) فى الارتفاعات المتطاولة المغمورة بأكثر من ٣٥٠ ميلا بحريا عن خطوط الأساس » .

وتمارس الدولة الساحلية فى الإفريز القارى سيادة اقتصادية تولت م ٧٧ من اتفاقية مونتيجو تفصيلها كالآتى :-

١ - تمارس الدولة الساحلية على (الجرف القارى) حقوقا سيادية لأغراض كشف واستغلال موارده الطبيعية .

٢ - إن الحقوق المشار إليها فى الفقرة ١ خالصة بمعنى أنه إذا لم تقم الدولة الساحلية بكشف الإفريز القارى ، أو استغلال موارده الطبيعية فلا يجوز لأحد ان يقوم بأوجه النشاط هذه بدون موافقة صريحة من الدولة الساحلية .

٣ - لا تتوقف حقوق الدولة الساحلية على الإفريز القارى على احتلال فعلى أو حكمى ولا على أى إعلان صريح .

٤ - تتألف الموارد الطبيعية المشار إليها - فى هذا الجزء الخاص بالإفريز القارى - من الموارد المعدنية وغيرها من الموارد غير الحية لقاع البحار وباطن أرضها بالإضافة إلى الكائنات الحية التى تنبمى إلى الأنواع الآبدة ، أى الكائنات التى تكون فى المرحلة التى يمكن جنينها فيها ، إما غير متحركة وموجودة على قاع البحر أو تحتها ، أو غير قادرة على الحركة إلا وهى على اتصال مادى دائم بقاع البحر أو باطن أرضه .

ومن هذا التعريف يتضح أن الإفريز القارى يحتوى قاع المنطقة الاقتصادية بل وقد يتجاوزها إلى امتداد يبلغ كله ٣٥٠ ميلا بحريا .

وتنظم م ٧٦ من الاتفاقية الأحكام الخاصة بالإفادة من الإفريز القارى وماعلى الدول مراعاته فى ذلك الإفريز : وتتلخص تلك الأحكام فيما يلى :-

- ١ - للدولة الساحلية سيادة اقتصادية في الإفريز القارى تسمح لها بكشف واستغلال الموارد غير الحية وكذا العضويات الحية التى تعود إلى الأنواع الرسوبية . بيد أن هذا التعريف لاقى صعوبة ، من ذلك مثلا تصنيف القشريات البحرية وهل تدخل فى هذا التعريف أم لا تدخل . وقد أثارت هذه المشكلة خلافا بين فرنسا والبرازيل بلغ من حدته أن أصبح يشار إليه باسم حرب جراد البحر (Lobster) .
- ٢ - للدول الساحلية - إلى جانب ذلك - ما للدول عامة فى الإفريز القارى من حقوق مثل إرساء الاسلاك وتمتد خطوط الأنابيب المغمورة .
- ٣ - لا تحتاج الدولة ، كما أسلفت ، إلى إقرار حقوقها إلى إعلان أو ممارسة . فهي تملك الحقوق تلقائيا وتحملها سواء مارستها أم لم تمارسها .

الإفريز القارى فى المفهوم الإسلامى :

إن مدرك الإفريز القارى على النحو الذى قدمت هو من قبيل السعى فى هذه الحياة ، والله تعالى يقول « وأن ليس للانسان إلا ما سعى وأن سعيه سوف يرى » (النجم / ٤٠) . ومن ثم فإن مدرك الإفريز القارى يتفق مع مدرك المنطقة الاقتصادية فى أن كليهما يستهدفان تحقيق رفاهية الدولة الساحلية المعنية ، وفى قول آخر هما صورتان من صور تحقيق أحد المقاصد الرئيسة للدولة فى النظرية الإسلامية ، وهو المال .

إذن فكيف نكيف هذا المدرك فى النظرية الإسلامية ؟ . إن القول عندى إن مدرك الإفريز القارى هو تصور - على الصعيد الدولى - لمدرك التحجير فى العلاقات الداخلية .

والتحجير شرعا هو أن يضع الشخص علامة فى الأرض الموات تدل على سبقه إليها (محمد ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد ، ص ١١٣) .

واللفظ له تفسيران فقد يكون من مادة « حجر » مخففة بمعنى منع ، لأن من يضع العلامات إنما يقصد بوضعها إلى منع غيره إحياء الموات الذى حدد

علاماته . وقد يكون من مادة « حجر » مشددة من حيث أن وضع الأحجار يميز القطعة التي حجرت فلا يضر بها أحد لحياتها .

والتحجير يثبت لمن يقوم به حق تقدم وأولوية على غيره أى أنها أحقية اختصاص لا ملك ولذا فإن التحجير لا يثبت لصاحبه ملكا لقطعة الأرض التي حجيرها .

ويشترط لثبوت هذا الحق شرطان :

١ — ألا تتجاوز مساحة القطعة المحجرة قدر كفاية المحجر .

٢ — أن تتوفر لدى المحجر القدرة على الأحياء .

والشرطان مرجعهما إلى الحرص على عدم التضييق على الغير ممن هو قادر على الأحياء في حق مشترك بين الجميع حتى لا يتعطل ذلك الأحياء بلا مبرر وإلا كان المحجر ظالما ومتعديا .

ومسألة لمنطق الأحياء وعدم إضاعة الفرصة على الغير القادر نجرد وضع العلامات اتفق الفقهاء على أن حق المحجر يسقط بعد ثلاث سنوات إذا وضع علاماته ولكنه لم يقم بالأحياء خلال تلك المدة . ولذا يميز الفقهاء للغير — بعد فوات فترة السنوات الثلاثة تلك — أن ينتزعها من المحجر ولو بالتهر والعلبة مادام أنه يحبسها . ~~عمر أن الفقهاء اختلفوا في ما إذا تعرض الغير لأحياء الأرض~~ ~~محجرة خلال السنوات الثلاث :~~

أ — فقال بعضهم إنه حق ثابت ديانة لا قضاء ، أى أن على الناس أن يحترموا الحق ديانة ولكنهم لا يلزمون به قضاء لأن من يحجى الأرض الموات يملكها ، ذلك أن حقه في الملك صار أقوى من حق المحتجر باليد .

ب — وقال آخرون إن من يحجى بعد التحجير وخلال السنوات الثلاث معتد ولا يصح أن يكون الظلم سببا في اثبات الملكية . وحق المحتجر أولى من حق غيره ، وهذا هو الرأي الذي أرجحه لقوة حجته ، وأسوق منها قول الرسول ﷺ « من سبق إلى مالم يسبق له مسلم فهو أحق

به » (نيل الأوطار ٢/ ٣٤٠) . وقد روى عن عمر أنه قال : من كانت له أرض (ويعنى هنا التحجير) فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمرّوها فهم أحقّ بها فدل بذلك على أن من يعمرها من الغير قبل ذلك لا يملكها .

أما إذا تجاوزت المدة السنوات الثلاث أعذر بالتعمير أو الترك وجاز إمهاله لفترة قصيرة يقدرها الفقهاء بأشهر قليلة ، أو تحدد حسب العرف في قول الشافعى — إن طلب المحتجر امهاله .

ويذهب الجمهور إلى أن حق التحجير يورث لأن الحقوق أموال فتورث ويخالف الحنفية فيرون أنه لا يورث لأن الحقوق عندهم ليست بأموال . ورأى الجمهور عندى هو الأول بالاتباع فى هذه الجزئية .

أما القواعد التى وضعتها اتفاقية مونتيجو لتحديد الإفريز القارى فهى بمثابة تحجير للمنطقة لأن علامات الحدود الدولية — أيا كانت صورتها — هى الترجمة الدولية لمفهوم التحجير . على مستوى الأشخاص ، والإفريز القارى هو من قبيل الأرض الموات لأنها منطقة غير مستغلة ومن ثم فإن حق الدولة الساحلية فى كشف واستغلال ما بها من موارد معدنية وثروات حية هى صوره إحياء تلك المنطقة ، كما أن حق الدولة على المنطقة حق يتعلق بما فيها من منافع اقتصادية وليس متعلقا برقبة المنطقة أى أنها أحقية اختصاص لا ملك شأن التحجير .

ولا أرى مانعا فى أن تتبنى النظرية الإسلامية ما جاءت به اتفاقية مونتيجو فى شأن طريقة تحديد الإفريز القارى والحقوق التى تمارسها الدولة الساحلية والدول الأخرى فى الإفريز القارى .

يبد أن النظرية الإسلامية لا تجارى النظرية الغربية فى تعطيل ثروات المنطقة فهى لا تضيف الاختصاص على الدولة تلقائيا وتحصره فيها حتى ولو سكنت الدولة عن الكشف والاستثمار ، أو كانت غير قادرة عليه ومنهما طال زمن السكون أو العجز . ولذا فإن امتداد منطقة التحجير فى النظرية الإسلامية لا بد أن يختلف عن امتداد الإفريز القارى فى اتفاقية مونتيجو .

١ — إن النظرية الإسلامية أكثر واقعية وأقرب إلى رعاية مصالح الجماعة الدولية من النظريات الغربية لأن تطبيق النظرية الغربية قد يؤدي إلى تعطيل كشف واستثمار منطقة يحتمل أن تمتد بالنسبة للدولة إلى مسافة ٣٥٠ ميلا بحريا من خط الأساس دون مبرر وبلا حكمة ظاهرة سوى ارضاء عنجهية الدول واشباع كبرياتها الخاوى . إن النظرية الإسلامية تتطلب من الدول الساحلية أن تكون دوؤبة على كشف واستغلال إفريزها القارى وإلا جاز للدول الأخرى القدرة والراغبة أن تتقدم هى للكشف والاستغلال . بيد أن فترة السنوات الثلاث التى حددها الفقه فى العلاقات الداخلية فترة قصيرة بالنسبة للعلاقات الدولية ولذا يمكن — عند تطبيق النظرية الإسلامية — أن تتفق الدول على حد زمنى يكون على الدولة الساحلية بدء الكشف والاستغلال خلاله ، وكذا الاتفاق على الأعذار التى يمكن أن تبرر إهمال الدولة الساحلية لفترة أو فترات إضافية ثم بعد ذلك يسقط حق الأفضلية المقرر للدولة الساحلية .

ولما كنت من الرأى الذى لا يسمح للغير خلال الفترة الممنوحة بأن يتقدم للإحياء فإنى أرى أنه لا يجوز لدولة غير أن تتقدم للإحياء خلال الفترة المحددة ، وإلا كانت معتدية كما أسلفت .

والحق أن المادة الأولى من اتفاقية جنيف سنة ١٩٥٨ بشأن الإفريز القارى هي أقرب فى روحها إلى النظرية الإسلامية لأنها تحدد الإفريز القارى بمناطق قاع البحر وماتحت القاع من الطبقات المتصلة بالماسحل والتى توجد خارج دائرة البحر الساحلى إلى عمق مائتى متر من سطح الماء أو إلى مايتعدى هذا الحد حيث يسمح عمق المياه من السطح باستغلال الموارد الطبيعية لتلك المناطق والمادة تضع معيارين :-

أ — معيارا قياسيا يحصر الإفريز القارى فى امتداد محدود هو مفهومه الجيولوجى ، وهذا له منطقته ،

ب — معيارا استثماريا ، وهذا يتوقف على كشف واستثمار المنطقة فهو يحدد منطقة الإفريز القارى فى القطعة التى تقوم الدولة الساحلية بكشفها

واستثمارها . وهذا هو المعيار الذى وضعه الفقه الإسلامى لمنطقة التحجير فهو — كما اسلفت — يقصر المنطقة على ما هو لازم للدولة الساحلية وتكون قادرة على كشفه واستغلاله ، ويتطلب حصول ذلك الكشف والاستغلال فعلا .

ومن ثم فإن أحكام اتفاقية جنيف فى الإفريز القارى تكاد تتطابق مع مدرك التحجير فى مفهوم النظرية الإسلامية . ولعل مانسب إلى نص الاتفاقية المذكورة من غموض هو الذى دعى اتفاقية مونتيجو إلى الأخذ بالمعيار الأصم الذى سجلته فى مادتها / ٧٦ . فجاءت أحكامها على ما أوضحت من مرونة فضاة .

المبحث الخامس

فى

الثروات والموارد البحرية فى المنطقة الاقتصادية والإفريز القارى

تمهيد :

قلت إن فى البحر ثروات وموارد وعنت بالثروة ما يدره البحر من خيرات متجددة أى من أحياء بحرية ، لأن الحياة البحرية تتوالد وتتكاثر بحكم أنها حياة ، أما الموارد فهى ما يحتويه البحر من معادن وكنوز ، وقد أطلقت عليها مسمى الموارد لأنها تفتقر — بحكم أنها غير حية — إلى خاصية الإثراء والتكاثر .

وقد خص القانون الدولى المعاصر كلا من الثروات والموارد البحرية بأحكام تختلف بالنسبة لكل عن الأخرى ، وأطلق على الثروات البحرية مسمى « الثروات الحية » وأطلق على الموارد مسمى « الثروات غير الحية » . وأتناول كلا من الفئتين بكلمة على حدة .

الفرع الأول في الثروات البحرية الحية

مفهوم الثروة الحية في النظرية المعاصرة والنظرية الإسلامية :

" لم تكن اتفاقية خليج مونتيجو بإيراد تعريف للثروة البحرية الحية ، بل إن نصوص الاتفاقية التي تعالج أحكام تلك الثروة تتخبط في مقصودها فهي تارة توحي بأن للمعنى بتلك الأحكام هي الثروة السمكية وتارة غوبحي : بأن الثروة البحرية الحية ذات مدلول أوسع من الأسماك .

أما الثروة البحرية الحية في النظرية الإسلامية فلها مدلولان :

- ١ — مدلول موسع ، يتناول كل الحيوان البحري دون استثناء ، وذلك هو مدلول الثروة البحرية الحية التي ينتفع بها في غير الأغراض الغذائية .
- ٢ — مدلول مضيق ، يقتصر على السمك و ثعبان الماء وغيره من الحيوان البحري الذي لا يدخل في الخبائث ، وهذا هو مدلول الثروة البحرية الحية التي ينتفع بها في الأغراض الغذائية .

ومن ثم فإن الفرق بين المدلولين هو أن مايعتبر من الخبائث — مثل الضفدع — يدخل في المدلول الموسع ولكنه يخرج عن المدلول المضيق . وتبعا فإن النظرية المعاصرة للثروة البحرية الحية تماثل النظرة الإسلامية لأنها تأخذ بالمعنى الموسع والمضيق . وهي تأخذ بالمعنى المضيق في الأغراض الغذائية وبالمعنى الموسع في غير الأغراض الغذائية . إذن يمكن أن نقول إن الثروة البحرية الحية في النظرتين هي كل الحيوان البحري ما لم تكن الأحكام متعلقة بالأغراض الغذائية فإن الخبائث تخرج عن التعريف . ويبقى من الحيوان البحري ما ليس خبيثا .

ولما كانت الثروة البحرية الحية بمعناها المضيق — أي الثروة البحرية

الغذائية — إنما تنصرف إلى ماهو غذاء للإنسان ، وهى بذلك تقصر المعنى على ما ليس خبيثا ، فقد انطلق الفقهاء المسلمون في تعريف الثروة البحرية الغذائية من معيار الحل والحرمه ، فما كان حلالا فهو من مفردات تلك الثروة وما كان خبيثا خرج عن تلك المفردات . ويمكن أن أقسم الفقه التقليدى في تعريفه للثروة الغذائية البحرية الحية إلى ثلاثة فرقاء :

أ — ابو حنيفة ، ويرى أن السمك — وكذا ثعبان الماء — هو وحده الحلال وتبعاً فإن الثروة البحرية الحية الغذائية عنده هى الأسماك و ثعبان الماء . ويستدل أبو حنيفة على رأيه بما يلى :

١ — قوله تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير » (المائدة ٣/) . فقد ورد التحريم فى الآية مطلقا دون تمييز بين ماهو بحرى وماهو غير بحرى .

٢ — قوله عز وجل « ويحرم عليهم الخبائث » (الاعراف / ١٥٧) فهو يعتبر أن الأحياء المائية — فيما عدا السمك و ثعبان الماء — من الخبائث .

٣ — نهى رسول الله عن قتل الضفدع ، والنهى عن القتل يقتضى تحريم الأكل ، وتبعاً فهو تحريم للضفدع . ومن ثم فإن الضفدع يعد من الخبائث .

ب — مالك ، ويحل جميع الحيوان البحرية دون استثناء ، وتبعاً فإن الأحياء البحرية تدخل عنده جميعها فى مفهوم الثروة البحرية الحية ، ويستند فى ذلك إلى :-

١ — ظاهر الآية الكريمة « أحل لكم صيد البحر » (المائدة / ٩٦) . فعبرة التحليل عامة تعطى الأحياء المائية كلها وتجعل صيدها حلالا .

٢ — قول الرسول ﷺ عندما سئل عن البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » . فلم يقصر التحليل على السمك وحده .

٣ — حديث أبى سعيد الخدرى قال : كنا فى سفرة فأصابنا محاجة فالتقى لنا

البحر دابة يقال لما عنترة فأكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا إلى رسول الله ﷺ فسألناه عن ذلك قال « هل عندكم شيء فتطعمون » (صحيح مسلم / باب إباحة ميتة البحر) .

ج — الشافعي وأحمد ، ويحلان جميع الحيوان البحري — عدا الضفدع — أى باستثناء الضفدع فإن كل الحيوان البحري يندرج تحت مفهوم الثروة البحرية الحية . وقد استثنينا الضفدع استنادا إلى حديث الضفدع الذى نهى الرسول عن قتله ، كما ألححت .

يبد أننى أرى أن تعريف الثروة البحرية الحية فى هذه الدراسة يجب أن يشمل المعنيين — الواسع والضيق — لأن للثروة البحرية الحية استخدامات ومنافع تتجاوز الغذاء . على أن نفرق فى الأحكام بين المفهومين فتطبق على كل مفهوم ما يناسبه من أحكام . وأغلب الظن أن الفقه التقليدى لم يتعرض لمناقشة حكم الثروة البحرية الحية التى تعد بالنسبة للغذاء من الخبائث — لأن تقانة عصره لم تزوده بفوائد لتلك الثروة ، ومعرفته بالبحر كانت قاصرة — فى شأن الثروة الحية — على استخراج لحم طرى منه ليأكله الناس . أما اليوم — فإننا نعلم أن ما قديما يعد من خبائث الغذاء له نفع فى أمور علمية أخرى ، ولذا فإننا نعتبر — من هذه الناحية — من قبيل الثروة التى تستهم الدراسات القانونية . أما التحريم الذى جاءت به آيات القرآن الكريم فهو — كما فهمه الفقه التقليدى — تحريم يتعلق بالغذاء لما يعتبر من الخبائث . ودليل على ذلك هو مقاله الحنفية فى الرد على مالك .

ذلك أن القول بأن كل الحيوان البحري حلال لا يتفق مع تحريم أكل الضفدع . ثم إن الآية التى استند إليها مالك بشأن تحصيل صيد البحر إنما تقصد إلى فعل الصيد وليس الصيد لأن الاصطياد هو الصيد حقيقة أما الصيد فهو مفعول فعل الصيد .

ثم إن الصيد اسم لما يتوحش ويمتنع ولا يمكن أخذه إلا بحيلة . والتوحش والامتناع صفة تثبت حال الاصطياد وتسقط بالأخذ أو الصيد .

يؤكد ذلك أن تـبـلـيل ميتة البحر قد خصص بقوله ﷺ « أحلت لنا ميتتان ودمان : الميتتان السمك والجراد والدمان الكبد والطحال » فدل بذلك على أن الحلال من ميتة البحر هو السمك .

يبد أن هذا القول لا ينهى القضية فإن هناك تصورات تثير الجدل حول ما إذا كانت تدخل في مدلول الخبائث أم لا .

١ — فهناك مثلا السمك الذى يموت بغير سبب ويطفو على سطح الماء هل هو حلال أم من الخبائث ؟

يقول الحنفية والشيعة والإمامية بتحريمه استنادا إلى مايلي :—

أ — ما روى عن الرسول من أنه قال : « ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات فيه فطفا فلا تأكلوه » .

ب — كان على بن أبى طالب يقول للسماكين : « لا تبعوا الطافي في اسواقنا » ، وهذا يعنى عدم جواز أكله .

ج — ما روى عن ابن عباس من أنه قال « أكل الطافي حرام » .

ولكننى مع رأى الذى يقول بأن الحديث غير صحيح وأنه حتى لو صح فالنهي فيه يحمل على الكراهية لأن السمك لا يطفو إلا إذا كان نتنا فكرهه الرسول لذلك . وقول على قد يحمل كذلك على الكراهية . ولذا فالقول عندى هو رأى الجمهور أى الإباحة مطلقا سواء كان الموت بسبب أم بغير سبب ، وسواء رسب في القاع أم طفا على سطح الماء استنادا إلى قوله عز وجل « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة » . ذلك أن لفظة « طعامه » معطوفة على صيد البحر والمراد به ، وجد فيه ميتا . وأصدق ما ينطبق عليه اسم الميتة هو الطافي لأن الميت حقيقة يطفو، فيكون حلالا بنص الكتاب (عند الله الرشيد — المرجع السابق؛ ١٦٠ ، ص ٢٥٦) . كذلك وردت لفظة الميتة بصيغة العموم في الحديثين الذين أشرت إليهما من قبل فدل ذلك العموم على حل السمك في كافة أحواله .

٢ — الكائنات الحية التي تنتمي إلى الأنواع الآبدة — كما اسمتها اتفاقية مونتيجو—وهى الكائنات التي تكون في المرحلة التي يمكن جنبها فيها إما غير متحركة وموجودة على القاع أو تحتها ، أو غير قادرة على الحركة إلا وهى على اتصال دائم بقاع البحر أو باطن أرضه (م ٤/٧٧ من الاتفاقية) . وأغلب الظن أن تلك الكائنات تعد من قبيل الخبائث الغذائية ولذا فهى تدخل في تعريف الثروة الحية بمعناها الواسع ، ولا يفوتنا هنا أنها — على خلاف السمك — لا تقوم في الماء وإنما توجد في القاع (الإفريز القارى) .

واخلص مما سلف إلى مايلي :-

- أ — تطبيق الأحكام المتعلقة باستثمار الثروة الحية للأغراض الغذائية على ماليس من الخبائث الغذائية .
- ب — تطبيق الأحكام المتعلقة باستثمار الثروة الحية لغير الأغراض الغذائية على ماهو غير حل في الأكل ، بل وقد يطبق على ماهو حل إذا استخدم في غير الأغراض الغذائية .

حق الدولة في الثروة البحرية في النظريتين المعاصرة والإسلامية :

أناقش هنا حق الدولة على الثروة الحية التي توجد في المناطق التي تخرج من السيادة الوطنية ، وهى المنطقة الاقتصادية والإفريز القارى .

تمتع الدولة — في اتفاقية مونتيجو — بولاية — أى بسيادة اقتصادية — على الثروات البحرية الحية التي توجد في المنطقة الاقتصادية إذا ما أعلنت الدولة ولايتها على تلك المنطقة . كما تتمتع بتلك الولاية على مايرجد في الإفريز القارى من ثروة بحرية حية وهى ولاية تلقائية دون حاجة إلى إعلان أو احتلال فعلى أو حكمى (م ٣/٧٧ من الاتفاقية) . والثروة الحية التي توجد في الإفريز القارى هى الكائنات الآبدة ، أما الاسماك وغيرها من الحيوان فيوجد في عمود الماء في المنطقة الاقتصادية . ولذا أناقش موقف النظرية الإسلامية من الثروات الحية في المنطقة الاقتصادية ثم اتنى على ذلك بموقفها من الثروة الحية في الإفريز القارى . ولما كان السمك في النظرية الإسلامية هو عماد الثروة في المنطقة الاقتصادية

فإن حكم النظرية الإسلامية في الثروة الحية الكائنة بالمنطقة الاقتصادية يمكن تبيانها عن طريق تحديد الأحكام الخاصة بالثروة السمكية .

والسمك هو من الصيد المباح ويملك بالسبق اليه ، والسبق أى الاستيلاء — قسمان :—

١ — استيلاء حقيقى ، أى بوضع اليد فعلا أو بالقوة . وهذا يملك بدون نية .

٢ — استيلاء حكمى ، أى بالتيقن ، ويكون باستعمال الآلات وتبيشة المباح لوضع اليد . والحكمى لا تترتب عليه الملكية إلا إذا قصد الإحراج حسب رأى الجمهور . وللتشافعى وأحمد رواية فى الحكمى أنه كالحقيقى . ويعتبر إعلان الدولة ولايتها على المنطقة الاقتصادية — فيما أرى — هو من قبيل التيقن — أى الاستيلاء الحكمى — وهذا يعد بمثابة حيازة ولكنها حيازة غير كاملة فى رأى الجمهور ، وذلك قياسا على حيازة السمك فى خليج خاص أو نهر صغير . وتبعا فإن التيقن تترتب حقا بالأفضلية للدولة الساحلية ولكنها لا تضى حقا انحصاريا على الدولة الساحلية . فلو أن دولة أخذت صيدا من المنطقة الاقتصادية فإن للدولة الساحلية أن تستعيد هذا الصيد إذا كانت هى الأقرب إليه بما لديها من إمكانات وأدوات . وفى قول آخر إذا كانت لديها القدرة على الحصول على الصيد ، وأبنى قولى هذا على القياس فى المثل الذى ضربه الفقه التقليدى ، وهو أنه إذا نصب الفسطاط فتعلق الصيد به ملكه ولو نصبها له فتعلق بها فأخذه غيره فإن كان الأول بحيث لو مد يده ملكه فأخذه من الثانى وإلا فلا .

ومن ثم فإن الحكم بالنسبة للثروة السمكية فى المنطقة الاقتصادية يتلخص فيما يلى :—

١ — للدولة الساحلية حق أفضلية على ما يوجد فى تلك المنطقة من ثروة سمكية .

٢ — يتأكد هذا الحق فى نطاق قدرة الدولة الساحلية على الصيد ، وتبعا فإن الدولة الساحلية تعتبر حائزة للكمية من الثروة السمكية التى تتوفر لديها

الإمكانات الثقائية والعملية على صيدها . بيد أن الدولة قد تملك من وسائل الصيد ما يوفر لها مكنة صيد ما يفيض عن حاجتها في حين أن هناك دول أخرى تحتاج إلى ذلك الفائض لأن شعبها يعتمد على الثروة السمكية في تأمين غذائه . وهنا نطبق — فيما أرى — قاعدة لا ضرر ولا ضرار . فيكون على الدولة الساحلية أن تقتصر فيما تصطاده — أو فيما تدعى ملكيته — على الكمية التي تسد حاجتها ، أما مازاد عن ذلك فلا تأخذه وتركه لمن هو في حاجة إليه وإلا كانت متعسفة في استعمال حقها في الملكية لا سيما وأنه مبني على حيازة اعتبارية .

٣ — أما إذا كانت إمكانات الدولة الساحلية تقصر عن احتياز ما هي في حاجة إليه فإن حقها في تملك ما تحتاجه زائدا على ماتوفره لها إمكاناتها الثقائية والعملية يترقف على وضع اليد الحقيقي ، أي حيازة السمك فعلا بصيده .

٤ — وإذن فحق الدولة الساحلية يتحدد في المنطقة الاقتصادية كالاتي : —
أ — بالنسبة لما تختاره حكما فإنها تملك أقل الكميتين : ماتخازه حكما وماتحتاجه فعلا .^{٤٠}

ب — بالنسبة لما تختاره فعلا فإنه يكون خالصة لها لا ينازعها فيه أحد .

٥ — أما حق الدول الغير فيتحدد فيما يفيض عما تملكه الدولة الساحلية استنادا إلى حيازتها الحكمية أو الفعلية ، وهنا تختلف النظرية الإسلامية عن النظرية المعاصرة .

والقول عندي إن هذه القسمة أكثر تحقيقا للعدالة مما جاءت به اتفاقية مونتيجو والمقارنة توضح ما أعنى .

إن هناك نصوص في الاتفاقية تتعلق بالثروة السمكية ويمكن — في تقديري — أن أدرجها ضمن ماتقول به النظرية الإسلامية وتلخص تلك النصوص — وهي المواد ٦١ — ٦٨ فيما يلي : —

حفظ الموارد الحية :

تقرر الدولة الساحلية كمية الصيد المسموح بها من الموارد الحية في منطقتها الاقتصادية الخالصة . وتكفل عدم تعرض بقاء الموارد الحية في المنطقة الاقتصادية الخالصة لخطر الاستغلال المفرط . وتتعاون الدولة الساحلية مع المنظمات الدولية المختصة لتحقيق هذه الغاية .

ويكون من أهداف هذه التدابير أيضا صون أرصدة الأنواع المجتناة أو تجديدها بمستويات يمكن أن تدّر أقصى غلة قابلة للدوام .

ويتم بصورة منتظمة تقديم وتبادل ما هو متوافر من المعلومات العلمية ، والإحصائيات عن كمية الصيد وعن مجهود الصيد ، وغير ذلك من البيانات المتصلة بحفظ الأرصدة السمكية عن طريق المنظمات الدولية المختصة وباشتراك كافة الدول المعنية .

الانتفاع بالموارد الحية

تعمل الدولة الساحلية على تشجيع هدف الانتفاع الأمثل بالموارد الحية في المنطقة .

وتقرر قدرتها على جنى الموارد الحية للمنطقة . وعندما لا تكون للدولة الساحلية القدرة على جنى كمية الصيد المسموح بها بأكملها ، تتيح للدول الأخرى ، عن طريق الاتفاقات أو غيرها من الترتيبات فرص الوصول إلى الفائض من كمية الصيد المسموح بها .

وتضع الدولة الساحلية في اعتبارها ، عند اتاحتها للدول الأخرى فرصة الوصول إلى منطقتها الاقتصادية الخالصة ، كافة العوامل المتصلة بالأمر ، ومنها بين أمور أخرى ، أهمية الموارد الحية في القطاع بالنسبة إلى اقتصاد الدولة الساحلية المعنية وإلى مصالحها الوطنية الأخرى ، واحتياجات الدول النامية في المنطقة لجنى جزء من الفائض ، وضرورة الاقلال إلى أدنى حد من الاختلال

الاقتصادى فى الدول التى اعتاد رعاياها الصيد فى المنطقة أو التى بذلت جهدا كبيرا فى اجراء البحوث المتعلقة بتلك الأرصدة وفى التعرف عليها .

ويتقيد رعايا الدول الأخرى الذين يقومون بالصيد فى المنطقة الاقتصادية الخالصة بتدابير الحفظ وبالشروط والأحكام الأخرى المقررة فى قوانين وأنظمة الدولة الساحلية .

وتتولى الدول الساحلية الإشعار الواجب عن قوانين وأنظمة الحفظ والادارة .

الأرصدة التى توجد داخل المناطق الاقتصادية الخالصة لدولتين ساحليتين أو أكثر أو فى كل من المنطقة الاقتصادية الخالصة والقطاع الواقع وزاءها والملاصق لها :

عند وجود الرصيد ذاته أو أرصدة من أنواع مترابطة داخل المناطق الاقتصادية الخالصة لدولتين ساحليتين أو أكثر ، تسعى هذه الدول ، إما مباشرة أو عن طريق المنظمات المناسبة ، إلى الاتفاق على التدابير اللازمة لتنسيق وضمان حفظ وتنمية هذه الأرصدة .

وعند وجود الرصيد ذاته أو أرصدة من أنواع مترابطة فى كلا المنطقة الاقتصادية الخالصة وقطاع واقع وزاءها وملاصق لها ، تسعى الدولة الساحلية والدول التى تقوم بصيد هذه الأرصدة فى القطاع الملاصق ، إما مباشرة أو عن طريق المنظمات المناسبة ، إلى الاتفاق على التدابير اللازمة لحفظ هذه الأرصدة فى القطاع الملاصق .

الأنواع الكثيرة الارتحال

تتعاون الدولة الساحلية ، مباشرة أو عن طريق المنظمات الدولية المناسبة ، مع الدول الأخرى التى يصيد رعاياها فى المنطقة الإقليمية الأنواع الكثيرة الارتحال ، وذلك بقصد تأمين حفظ هذه الأنواع والانتفاع بها على الوجه الأمثل ، سواء داخل المنطقة الاقتصادية الخالصة أو خارجها .

الثدييات البحرية :

ليس في هذه الأحكام ما يحّد من حق دولة ساحلية أو من اختصاص منتظم دولي ، حسب الاقتضاء ، في حظر استغلال الثدييات البحرية أو تقييده أو تنظيمه على نحو أكثر صرامة مما هو منصوص عليه في هذه الأحكام . وتتعاون الدول من أجل حفظ الثدييات البحرية ، وعليها ، في حالة الحيتانيات ، أن تعمل بصورة خاصة من خلال المنتظمات الدولية المناسبة على حفظها وإدارتها ودراستها .

الأنواع البحرية النهرية السراء

يكون للدول التي تنشأ في أنهارها الأنواع البحرية النهرية السراء المصلحة العامة في هذه الأنواع وتقع عليها المسؤولية الأولى بشأنها .

وتكفل دولة منشأ الأنواع البحرية النهرية السراء حفظ هذه الأنواع عن طريق وضع التدابير المناسبة لتنظيم الصيد في جميع المياه التي تقع في اتجاه البر من الحدود الخارجية لمنطقتها الاقتصادية الخالصة . وللدولة المنشأ أن تحدد ، بعد التشاور مع الدول الأخرى المعنية بصيدها من الأنواع التي يكون منشؤها في أنهار .

ولا يجرى صيد الأنواع البحرية النهرية السراء في غير المياه التي تقع في اتجاه البر من الحدود الخارجية للمناطق الاقتصادية الخالصة ، إلا في الحالات التي يمكن أن يسبب هذا الحكم فيها اختلالا اقتصاديا لدولة غير دولة المنشأ ، أما فيما يتعلق بهذا الصيد خارج الحدود الخارجية للمنطقة الاقتصادية الخالصة ، فإن على الدول المعنية أن تجري مشاورات بهدف التوصل إلى اتفاق حول أحكامه وشروطه ، مع إيلاء المراعاة الواجبة لمتطلبات حفظ تلك الأنواع ولاحتياجات دولة المنشأ منها ، وتتعاون دولة المنشأ على الإقلال إلى أدنى حد من الاختلال الاقتصادي في هذه الدول الأخرى التي تصيد تلك الأنواع ، آخذة في الاعتبار كمية الصيد المعتادة ونمط عمليات تلك الدول وجميع القطاعات التي جرى فيها مثل هذا الصيد .

وفي الحالات التي ترتحل فيها الأنواع البحرية النهرية السراء إلى مياه واقعة في اتجاه البر من الحدود الخارجية للمنطقة الاقتصادية الخالصة لدولة غير دولة المنشأ ، أو خلال تلك المياه ، تتعاون هذه الدولة مع دولة المنشأ فيما يتعلق بحفظ وإدارة أرصدة هذه الأنواع .

الأنواع النهرية البحرية السراء

تقع على الدولة التي تقضى الأنواع النهرية البحرية السراء الجزء الأكبر من دورة حياتها في مياهها مسؤولية إدارة هذه الأنواع ، وعليها أن تؤمن دخول الأسماك المرتحلة وخارجها .

ولا تجتنب الأنواع النهرية البحرية السراء في غير المياه التي تقع في اتجاه البر من الحدود الخارجية للمنطقة الاقتصادية الخالصة .

القيود المتصلة بنقل الحقوق

لا تنقل حقوق إستغلال الموارد الحية المعنية هنا بشكل مباشر أو غير مباشر ، إلى دول ثالثة أو إلى رعاياها ، سواء بالتأجير أم بالترخيص أم بإقامة مشاريع مشتركة أو بأية طريقة أخرى يكون لها أثر إحداث ذلك النقل عالم --- تنفق الدول المعنية على غير ذلك .

تنفيذ قوانين وانظمة الدولة الساحلية

للدولة الساحلية ، في ممارسة حقوقها السيادية في كشف واستغلال وحفظ وإدارة الموارد الحية في المنطقة الاقتصادية الخالصة ، أن تتخذ تدابير من بينها تفقد السفن وتفتيشها واحتجازها وإقامة دعاوى قضائية ضدها ، وفقا لما قد تقتضيه الضرورة ، لضمان الامتثال للقوانين والأنظمة التي اعتمدها .

ويجلى من غير تأخير سبيل السفن التي أخضعت للاحتجاز وطواقمها لدى تقديم كفالة معقولة أو ضمان آخر .

وفي حالات احتجاز السفن الأجنبية أو احتباسها ، على الدولة الساحلية أن

تسارع إلى ابلاغ دولة العلم ، بالوسائل المناسبة ، بالاجراء المتخذ وبأية عقوبات تفرض بعد ذلك .

ولكن في الاتفاقية نصوص لا يتفق حكمها مع أحكام النظرية الإسلامية — كما أسلفت — ولعل أهم تلك النصوص هي فقرات مما ورد في المادتين ٦٩ ، ٧٠ بشأن حصة الدول غير الساحلية والدول المتضررة جغرافيا إذ حصرت حق تلك الدول « في المشاركة على أساس متصف في استغلال جزء مناسب من فائض (الموارد) الحية للمناطق الاقتصادية الخالصة للدول الواقعة في نفس المنطقة دون الإقليمية أو الإقليمية » ، وأضافت بأن تحدد تلك المشاركة عن طريق اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف . والاتفاقية بذلك قياسا بالنظرية الإسلامية تبخس الدول غير الساحلية والدول المتضررة جغرافيا بعض حقها لأن الفائض جميعه حق لتلك الدول في النظرية الإسلامية والاتفاق بشأنها لا يكون من أجل تحديد حصتها فيه . بل من أجل تنظيم الاجراءات تيسيرا لممارسة الحقوق .

أما الثروة البحرية الحية — من غير الثروة السمكية — فتتصرف إلى ما لا يصلح للغذاء الإنساني ولذا وصفها الفقه التقليدى بأنها من الخبائث ، مثل الانواع الآبدة التى اسلفت تعريفها .

إن القول في حكم النظرية الإسلامية هنا يحتمل أمرين :—

فقد يقال إن هذه الأنواع تدخل في حكم الكلاً الذى ينبت في موات الأرض يرعاه الناس وتبعاً للدول فيها شريكات قياساً على الحديث الشريف « الناس شركاء في ثلاث : الماء ، والكلاً والنار » . ثم إن العلة في منع تملك السمك تملكاً فردياً هي أن المنفعة التى تنال منه لا تتناسب مع العمل الذى يبذل من أجله فلو أنا سمحنا بتملكه ملكية فردية لنال المالك منه نفعا كبيرا دون جهد متقابل ومشقة معقولة

وقد يقال إن الأنواع الآبدة نأخذ حكم الأرض على اعتبار أنها جزء من أجزائها ومن

ثرائها الذاتية ولذا يلزم أن تتبع في الحكم قطعة الأرض التي تحتويها . وقد جعل السافعي كل ما هو ثابت الأصل من الملحقات المخلوقة في الأرض والمتصلة بها اتصال قرار تابعة في مدلول كلمة الأرض . ولما كانت الأنواع الآبدة توحد في الإفريز القارى والإفريز القارى امتداد لليابسة وحق الدولة على مافيه من موارد وثروات حتى خالصة لها فإن الأنواع الآبدة تدخل في الحقوق الخالصة للدولة الساحلية حكمها حكم مافى الإفريز القارى من معادن . إن وصف الأنواع الآبدة بأنها ملحقة بالأرض هو ما قال به اللورد نيف Neave سنة ١٨٦٨ في قضية Sutherland Vs Watson حيث اعتبر بلح البحر جزءاً من التربة partes soli لأنه يوجد في التربة بنية الاستقرار animo ramenendi (منشور في 1868- 6 M- 99) .

وإلى أفضل الأخذ بالرأى الثانى ذلك أننا لو أخذنا بالرأى الأول فإن تملك الأنواع الآبدة يخضع لقاعدة السبق المباح ، وتلك قاعدة لا يمكن تطبيقها على إطلاقها فهي مقيدة بقيود منها مبدأ « لا ضرر ولا ضرار » . ولا جدل في أن إباحة الأنواع الآبدة — مع ما لها من قيمة اقتصادية — تدفع إلى التراحم والمغالبة لاسيما إذا كان استخراجها لا يحتاج إلى كبير عناء أو باهظ التكاليف — وهذا يترتب عليه ضرر للدولة الساحلية . فإذا انتحينا هذا المنحى في حكم الأنواع الآبدة فإن حكم المادتين ٦٨ ، ٧٧ من اتفاقية مونتيجو يتفق عندئذ مع حكم النظرية الإسلامية من حيث إخراج الأنواع الآبدة من الأحكام التي تخضع لها الثروة السمكية وإلحاقها بالمعادن التي يحتويها الإفريز القارى .

الفرع الثانى

فى

الموارد البحرية غير الحية

مفهوم الموارد غير الحية فى النظرية المعاصرة :

تولت م ٧٧/٤ من اتفاقية مونتيجو تعريف الموارد غير الحية فى الإفريز

القارى فقالت « تتألف الموارد الطبيعية المشار اليها فى هذا الجزء من الموارد المعدنية وغيرها من الموارد غير الحية لقاع البحار وباطن أرضها » .

والجزء الذى تشير إليه الفقرة هو الجزء السادس من اتفاقية مونتيجو والخاص بالإفريز القارى . وإذن فالموارد غير الحية المعنية هي (١) الموارد المعدنية . (٢) الموارد الأخرى غير الحية . ولم توضح الاتفاقية ماذا تعنى بتلك الموارد الأخرى ، وفى تصورى أن الموارد الأخرى لا تعنى سوى ماقد يوجد فى المنطقة من آثار لا سيما تلك التى تكون لها قيمة تاريخية .

ويضيف الفقهاء إلى ذلك الملح بوصف أنه ثروة معدنية تستخرج من مياه المنطقة الاقتصادية ، ولكنى أعارض ذلك للاعتبارات التالية :

١ — كل ماليس حيا مما يستخرج من البحر يعتبر فى رأى موردا وليس ثروة لأنه غير الحى . والثمار والإثراء مرتبط بالحياة كما قدمت ولذا فإن الناتج البحرى غير الحى يندرج دائما تحت مسمى المورد ، وتبعا فإن الملح الذى يتخذ صفة التجدد بتجدد المياه التى تحتوى عليه يعتبر بحكم هذا التجدد — ثروة وليس موردا .

٢ — ملح البحر لا يعد ثروة إلا بعد أن يبذل جهد معين فى استخراجها من الماء . والحقيقة أن ذلك الجهد هو الذى حقق الثروة ، والا لبقى الملح من مكونات مياه البحر وكأنه فى حكم العدم . والجهد هنا يختلف عن الجهد الذى يبذل فى استخدام المعادن الأخرى لأن تلك المعادن لها كيانها المادى الخاص وما يبذل فى سبيلها هو لاستخراجها من مكانها وتخليصها من شوائبها . ومن ثم فإن الجهد لا يخلق كيانها المادى كما هو الحال فى الملح البحرى .

٣ — الملح يستخرج بمجهود ومعدات على اليابسة إذ تنقل مياه البحر كما هى إلى الإقليم البرى وهناك تجرى عمليات التقطير والاستخلاص ، ومن ثم فإن استخلاص الثروة الملحية يعتمد أساسا على البر وبدون البر تضعف فرصة الحصول على تلك الثروة ، على خلاف المعادن البحرية فإن

الجهود البرية إنما نبذل بقصد تجهيز تلك الثروة للمعاملات التجارية أو الاستخدامات العلمية وليس بقصد إيجادها بداءة كالملاح .

ومن هنا فإن لا أدخل الملاح البحرى ضمن الثروات أو الموارد البحرية في مفهوم النظرية المعاصرة ، فهو في حكم الماء العذ الذي تركه الرسول ﷺ على حكم الإباحة العامة . فقد روى ابو عبيد وأبو داود والترمذى باسنادهم عن ابي بن جهمال انه « استقطع رسول الله ﷺ الملاح بمأرب فلما ولى قيل يا رسول الله إنه دعى مأقطعت له الماء العذ فرجعه منه » . فالماء العذ من ورده أخذه (مصابيح السنة ٨١/٢ باب إحياء الموات) ولا يجرى تملك الملاح البحرى إلا لمن بذل الجهد في استخراجة .

مفهوم الموارد غير الحية في النظرية الإسلامية :

الموارد غير الحية في النظرية الإسلامية فئتان : المعادن والكنوز . وتعنى المعادن في النظرية الإسلامية معناها في الفقه فهى تطلق على معنيين :

- ١ — المواضع التى يستخرج منها جوهر الأرض كالذهب والفضة .
- ٢ — الأجزاء المستقرة التى ركبها الله تعالى فى الأرض ، أى ما يخرج من الأرض من جواهر .

وقد اختلف الفقهاء فى تعريف المعادن :

- ١ — فهى عند الحنفية اسم لما خلقه الله تعالى فى الأرض يوم خلق الأرض .
- ٢ — وعند المالكية هى ما جعله الله فى الأرض يتكون فيها كما ينبت الزرع .
- ٣ — وعند الشافعية تعنى ما جعله الله فى الأرض وكذا المكان الذى خلق الله فيه تلك الجواهر .
- ٤ — وعند الحنابلة اسم لما تولد فى الأرض وكذا المكان الذى خلق الله فيه تلك الجواهر .
- ٥ — ما استخرجه الله من الأرض مما كانت أصله ثم اشتمل على خصوصية يعظم الانتفاع بها .

ومن هذا العرض يتضح لنا أن الفقهاء يفتقون في الواقع على أن المعدن هو كل متولد من الأرض من غير جنسها . والمعادن :

١ — قد تكون ظاهرة وهي التي لا يحتاج تحصيلها إلى طلب ، فهي تتميز عن الأرض أو التي تكون طبيعتها المعدنية ظاهرة سواء احتاج استخراجها إلى الجهد أم لا مثل الزيت (النفط) .

٢ — وقد تكون باطنة وهي التي يحتاج تحصيلها إلى طلب فلا تتميز عن الأرض . وإنما يتوصل إليها بالعمل والمؤنة كالذهب والفضة .

كذلك اختلف الفقهاء في تعريف الكنز :

١ — فهو عند الحنفية اسم لما دفنه بنو آدم .

٢ — وعند المالكية والشافعية دفن الجاهلية ودفن الإسلام .

٣ — وعند الحنابلة مصطلح يرادف الركاز . والركاز لفظ يطلق على قطع الذهب والفضة التي تخرج من الأرض . ويطلق عند العراقيين على ما يشمل معادن الأرض . ويطلق عند المحاربين على كنوز أهل الجاهلية وعلى ذلك فالمعادن عندهم ليست بركاز (عبد الله الرشيد — المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ١٦) .

وجلي من تعريف الركاز أننا نستطيع — من باب البعد عن الإغراق الذي قد يعقد الأمور — ان نستغنى في دراستنا هذه عن مصطلح الركاز ، وأن نقبس كبديل عنه مصطلحي المعدن والكنز . ذلك أن المعدن يغني عن الركاز عند من يرون أن الركاز معدن كما أن الكنز يغني عن الركاز عند من يرون أن الركاز دفينة في الأرض .

والكنز على اختلاف الفقهاء — هو دفائن الإنسان في الأرض (سواء كانت تلك الدفائن جاهلية أم إسلامية) والكنز بهذا المعنى ينصرف — فيما أرى — إلى الأشياء ذات الطابع الأثري أو التاريخي لأنها في الحقيقة دفن الأرض سواء أكانت جاهلية أم إسلامية .

وإذن فالموارد غير الحية في النظرية الإسلامية هي المعادن ظاهرة وباطنة والكنوز جاحلية وإسلامية .

حكم الموارد غير الحية في النظرية المعاصرة :

تعود الموارد غير الحية — طبقاً لاتفاقية مونتيجو — إلى الدولة الساحلية . وحقوق الدولة الساحلية عليها هي حقوق سيادية لأغراض كشف واستغلال تلك الموارد . وهي في الإفريز القاري حقوق خالصة بمعنى أنه حتى إذا لم تتم الدولة الساحلية بكشف الإفريز القاري أو استغلال موارده الطبيعية فلا يجوز لأحد أن يقوم بأوجه النشاط تلك دون موافقة صريحة من الدولة الساحلية .

ولاتنوقف حقوق الدولة الساحلية في الإفريز القاري على احتلال فعلي أو حكمي ولا على أي إعلان صريح . (م ١/٧٧ ، ٢ من اتفاقية مونتيجو) .

حكم الموارد غير الحية في النظرية الإسلامية :

يختلف حكم الموارد الحية في النظرية الإسلامية باختلاف ما إذا كانت توجد في أرض مملوكة أو في أرض مباحة . ولما كانت الثروة غير الحية في المعنى الذي أقصده هنا توجد في الإفريز القاري دون المنطقة الاقتصادية فإن الأمر يتطلب أن نحدد بداءة طبيعة الإفريز القاري وهل هو أرض مملوكة أم مباحة . والحق أن هذا السؤال يثير جدلاً في الفقه المعاصر ولكنني اتجه في دراسته إلى الفكرة الغالبة بعد البحث ' عن التعقيد الذي يجب أن تتلافاه الدراسات العامة . للإفريز القاري مفهوم قانوني صاحب المفهوم الجيولوجي عند أول المدرك في نطاق القانون ثم انفصل المفهوم فأصبح للإفريز القاري تعريف قانوني يختلف عن مفهومه الجيولوجي . بيد أن الفسلفة القانونية لمدرك الإفريز ظلت متأثرة بالاعتبار الجيولوجي فلا يزال الإفريز القاري ينظر إليه على أنه امتداد طبيعي لليابسة — أي للإقليم البري للدولة الساحلية — وقد انعكس هذا التأثير على الأحكام التي تقررت للإفريز القاري . فقد اسلفت أن المادة ٧٦ من اتفاقية مونتيجو تدخل في الإفريز القاري « جميع الامتداد الطبيعي لإقليم الدولة » ،

البرى حتى الطرف الخارجى للحافة القارية « ولذا فإن حقوق الدولة الساحلية عليه خالصة لا تتوقف على احتلال فعلى أو حكمى أو إعلان صريح .

وإذا كانت الجماعة الدولية قد قبلت هذه النظرة — أى معاملة الإفريز القارى وكأنه جزء من الاقليم البرى — فلا أرى غضاضة فى أن تتبنى النظرية الإسلامية مدرك الإفريز القارى بهذا المعنى ، أى على أنه امتداد للإقليم البرى ، ومن ثم فإن مايوجد به من موارد غير حية يعتبر فى حكم الموارد التى توجد فى أرض مملوكة سواء كانت الملكية ملكية كاملة أم ملكية انتفاع (سيادة سياسية أم سيادة إقتصادية) .

ولما كانت ملكية الإفريز القارى للدولة فإن مافيه من معادن يأخذ — قياسا — حكم المعادن التى توجد فى الأرض التابعة لبيت المال . وتتفق المذاهب الإسلامية على أن المعادن الموجودة فى أرض تابعة لبيت المال تعتبر مملوكة لبيت المال والنظر فيها متروك للامام . وإذن فحقوق الدولة فى المعادن التى توجد بإفريزها القارى هى حقوق خالصة ، وهو — كما قالت م ١/٧٧، ٢، ٣ من اتفاقية مونتيجو — احتياز حقوق سيادية لأغراض كشف واستغلال موارده الطبيعية . ولا يجوز لأحد أن يقوم بالكشف أو الاستغلال بدون موافقة صريحة من الدولة الساحلية ، وهى حقوق تلقائية لا تتوقف على احتلال فعلى أو حكمى ولا على أى إعلان صريح .

ولكن الأمر يختلف بالنسبة للكنز ، فالفقهاء يتكلمون عن فئات ثلاث من الكنوز : الكنز الجاهلى ، الكنز الإسلامى ، الكنز المجهول .

والكنز الجاهلى هو مادفن فى أرضه قبل ظهور الإسلام . وقد وقف الفقهاء حياله على ثلاثة اتجاهات :

أ — الكنز ملك لواجده سواء أكانت الأرض مملوكة لمن وجده أم للغير أم لم تكن مملوكة لاحد .

ب — الكنز ملك لأول مختط بنسبة اربعة الاخماس والخمس للدولة . وأول مختط هو من اعطى الأرض عند الفتح فإن لم يكن لها مختط كان الكنز ملكا لمن أحيا الأرض لأنه بالإحياء تملك الأرض وماباطنها .

جـ - الكنز ملك لصاحب الأرض .

أما الكنز الإسلامي فجمهور الفقهاء على أنه ملك لمن دفنه ويعتبر لقطة في يد واجده لأنه من وضع المسلمين ومال المسلمين لا يغنم والموجود في باطن الأرض كالموجود على ظاهرها .

وذهب الإمامية إلى أنه لو وجد فإذا عُرف مالكة أو بائعه فهو أحق به وإلا كان للواجد .

فإذا كان كنزا مجهولا فهناك رأى يلحقه بالكنز الجاهل ورأى يلحقه بالكنز الإسلامي .

والحق عندي أن منطق الفقه التقليدي انحصر في زمانه وتأثر بظروف عصره وتبعاً فلا بد أن يتغير بتغير الزمان والمكان فليس هناك من منطق الآن في التفرقة بين الكنز الجاهل والكنز الإسلامي بعد أن بلغ الإسلام نيفا وأربعة عشر قرناً تركت أحداثها وقضاياها آثارها واضحة على دار الإسلام . ثم إننا لم نجد في زمان نتكلم فيه عن الفتح الإسلامي أو الكافر المظهر عليه بالإسم . وإذن فالتفرقة لم يعد لها سند وبسقوط التفرقة يجب إعادة النظر في حكم الكنوز في النظرية الإسلامية .

وإذا كان لي أن ادلي دليلاً هنا فأني أرى أن نفرق بين الكنوز من حيث قيمتها التاريخية والثقافية . فما كانت له قيمة أثرية للتاريخ والثقافة يكون ملكاً للإنسان ويد الدولة الساحلية عليه يد أمانة لصالح الحقيقة العلمية ، مع إيلاء اعتبار خاص للحقوق التفضيلية للدولة أو بلد المنشأ التاريخي أو المنشأ الثقافي (قارن م ١٤٩ من اتفاقية مونتيجو) وسندي في ذلك أن هذا يتفق والأعراف الدولية المعاصرة وهي أعراف تحقق صالحاً عاماً ولا تعارض نصاً أو تناقض حكماً شرعياً إلزامياً ، وهذا يؤيده مفهوم الآية الكريمة « بل كذبوا بما لم يحيطوا بعلمه ولما يأتهم تأويله » (يونس / ٣٩) . صحيح أن الآية الكريمة قد تفهم على أنها إنما تشير إلى العقيدة ولكنني أرى منها ما يفيد أيضاً مبدأ عاماً وحقيقة واقعية هي أن الإنسان أميل إلى عدم تصديق ما لم يحيط به خبراً . ولذا فإن

الاحتفاظ بتلك النشة من الكنوز هو احتفاظ بالحقائق العلمية التي تجلب معميات التاريخ وتعين على تفهم واقع الأمم وتطور الحضارات ، وفي ذلك ما فيه من عون للعلم والعلماء ويتقدم العلم والعلماء تصلح البشرية « انما يَنْشِئُ الله من عباده العلماء » (فاطر / ٢٨) . ولست بحاجة إلى أن افصل في اهتمام الإسلام بالعلم وحضه على طلبه ، وقد بعث الرسول ﷺ معلما .

اما إذا لم تكن للكنز قيمة تاريخية أو ثقافية فإنى أرى أن يكون ملكا لصاحبه فإن لم يكن له صاحبه فهو ملك لواجده ، وسندى في ذلك الحديث الشريف « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوى عدل ثم لا يغيره ولا يكتمه ، فإن جاء ربه فله فهو أحق بها ، وإلا فهو مال الله يؤتية من يشاء » (سند ابن ماجه / ٨٣٧/٢) . ويجوز للدولة أن تأخذ حصة من ذلك الكنز ، كالحمس مثلا لقوله ﷺ « وما يوجد في الخراب ففيه وفي الركاز خمس » ويسأل عن حصة الدولة صاحب الكنز أو من يملكه .

ولا يأخذ الكنز الذى يوجد في الإفريز القارى حكم الكنز الذى يوجد في الأرض المباحة لأن الإفريز القارى كما قدمت ليس أرضا مباحة .

ولما كانت حقوق الدولة في الإفريز القارى لا تمس النظام القانونى للمياه العلوية أو للحيز الجوى فوق تلك المياه ، فإن ممارسة الدولة الساحلية لتلك الحقوق — يجب كما تقول م ٧٨ من اتفاقية مونتيجو — ألا تعتدى على الملاحة وغيرها من حقوق وحريات الدول . بيد أن الموارد غير الحية — من حيث طبيعتها — يمكن أن تنقسم إلى قسمين :—

١ — معادن صلبة ، وهذه بدورها قد تكون قابلة للطرق والانطباع ، كالذهب والحديد . وقد تكون غير قابلة للطرق والانطباع ، كالماس والزمرد . وفى قول آخر فإن الموارد الطبيعية تحتوى بالتعبير الحديث على المعادن والجواهر .

٢ — معادن سائلة كالزئبق والزيت (محمد سلام مذكور — الفقه الإسلامى ، ص ٢٣٢) . والطريف أن هذه الموارد السائلة تحكمها ظاهرة

التحرك الجوفى وهى فى ذلك قرية الشبه بمياه العيون والآبار لانها تغير مسارها الجوفى وقد تتسرب عبر إقليم الدولة إلى المناطق المجاورة فى إقليم دولة أخرى . ومن الأمثلة الواقعية على ذلك حقول صافانيا وهى بين الكويت والسعودية فى الحدود الفاصلة بينهما فيما كان يعرف بالمنطقة المحايدة . وتلك ظاهرة تختلف عن ظاهرة المكامن المشتركة التى قد توجد فى أكثر من دولة والتى يتوقف أمر استغلالها على ما يعم الاتفاق عليه بين الدول المعنية ، الأمر الذى يتم على عدة صور مثل اعتبار المكامن مالا مشتركا أو وحدة واحدة . ولا أرى مجالا لهذا التفصيل هنا ولذا اقتصر على الظاهرة الأولى فقد لقيت هذه الظاهرة اهتماما فى الفقه المعاصر وتعددت فى ذلك النظريات ، فهل تتقبل النظرية الإسلامية هذا الجدل أم أن حكم تلك الموارد السائلة هو ما أسلفت من حكم بالنسبة للموارد غير الحية عموما ؟. هذا ما أجيب عليه فى السطور التالية .

الموارد البحرية السائلة :

أ — النظرية المعاصرة :

يختلف الفقه حيال تلك الموارد ولعل أهم الاجتهادات الفقهية فى هذه القضية هى :—

١ — نظرية الاستيلاء الفعلى Law of capture ، وتقول بأن لكل دولة أن تجرى داخل حدودها ماثشاء من حفر وتنقيب وأن تستولى على ماتستخرجه من موارد دون اعتبار لصالح الدول الأخرى المجاورة . ولكن تقدم التقانة فى صناعة الزيت الذى مكن من تحديد الكمية من المورد السائل التى تنتقل من إقليم إلى إقليم — سمح للقضاء الداخلى — لاسيما فى أمريكا — بأن يطبق نظرية الإثراء بلا سبب التى لو طبقت على الصعيد الدولى فإنها تعنى أن على الدولة أن تعرض عما أثرت به الدولة المجاورة نتيجة تسرب المورد السائل إلى إقليم الدولة الأخيرة .

وقد نادى فريق من الفقه برأى مقارب تحت مسمى آخر هى نظرية التملك المكانى ownership in place كمعيار لتقسيم المورد المهاجر على أساس كمية الاحتياطى الموجود فى باطن إقليم كل دولة .

٢ — نظرية التبع من حيث أن الدولة تملك المورد السائل وهذه الملكية —
 أيا كان تكييفها — تضيف على المالك حقا عينيا بتبع ذلك المورد أينما كان .
 وتبعاً يكون لها أن تستغل المورد السائل الذي هاجر من إقليمها في إقليم الدولة
 المجاورة ، أى أن للدولة الساحلية أن تمتد باختصاصها إلى الإقليم المجاور إلى الحد
 الذى تبرره حقوقها الاقتصادية تلك — شأن استغلال هولندا لمناجم الفحم
 الموجودة في بعض الاقاليم الألمانية في منطقة الحدود .

ب — النظرية الإسلامية :

وإذا كان هذا هو موقف الفقه المعاصر فما هو موقف النظرية الإسلامية ؟
 يمكن أن نقول إن المعادن السائلة المهاجرة هي من الأموال المباحة قياساً على الماء
 بجماع السبولة في كل (كشاف، القناع ٦٠٢/٢) . وتبعاً فإنها تخضع لقاعدة
 الاستيلاء الفعلي أو التملك المكاني . ولكن الرد على ذلك هو أن السيولة ليست
 علة إباحة الماء وإنما العلة هي ضرورته لجميع الكائنات الحية بحيث لا يمكن لها
 أن تستغنى عنه وتلك العلة غير متوافرة في المعادن السائلة .

ويمكن أن نقول إنها ملك للدولة صاحبة المكنن الأصلي ومن ثم فإن للدولة
 عليها حق عيني بالتبع في إقليم الدولة المجاورة وهذا يتفق مع نظرية الإثراء بلا
 سبب . ولذا فإنى أرجح هذا المذهب على أن تراعى الدولة صاحبة المكنن
 الأصلي في ممارستها لحقها في التبع قاعدة أن لا ضرر ولا ضرار فلا يكون لها
 استغلال المعدن في إقليم الدولة المجاورة إلا في حدود تلك القاعدة وإلا كان
 التعويض هو البديل . وقد قدمت أن التقدم التقني يجعل تطبيق هذه النظرية
 ميسوراً الآن بعد أن أصبح قياس المعدن السائل في مكانه وتحديد مقدار المهاجر
 منه في متناول المعدات الحديثة . وقد سبق أن تناولت هذه القضية بمزيد من
 التفصيل عند مناقشة أحكام المياه الجوفية . ولعل في قاعدة أن الأرض تتبع الماء
 حكماً — والتي ألححت إليها آنفاً — ما يضاف لتأييد هذا الرأي .

المبحث السابع فى التراث المشترك (إقطاع استغلال المعادن)

التراث المشترك فى الفكر المعاصر (المنطقة) : كلمة عاجلة :

كانت فكرة الإفريز القارى — كما رأينا — بداية النهاية لقانون البحر الكلاسى فقد أدخلت — فى إصرار — خلفية اقتصادية عريضة على فلسفة قانون البحر . وكان لابد للأنتم المتحدة من أن تشد الركاب إلى حلبة الصراع انصباعا لما فرضه عليها الميثاق من التزام بتشجيع التقدم المضطرد للقانون الدولى وتلويته .

وكانت باكورة جهد المنتظم الدولى قرارا صدر عن الجمعية العامة فى ديسمبر سنة ١٩٧٠ استحدثت فى بنده الأول عبارة « التراث المشترك للإنسانية » وهو التعبير الجديد لوصف جزء من قاع البحر أسمته اتفاقية مونتيجو « المنطقة » ، والمدر ك الجديد يرتب أثرا مزدوجا . فهو يحول بين الدول وبين أن تدعى لذاتها حقا فى منطقة التراث المشترك ، ويضمن فى الوقت ذاته للدول أن تسهم جميعا فى إدارة تلك المنطقة والإفادة بامتيازات أوفر للدول النامية فيما تدره المنطقة من ثروات .

تقول م ١٢٦ من اتفاقية مونتيجو إن « المنطقة ومواردها تراث مشترك للإنسانية » ، كما اسمت م ١٣٣ موارد تلك المنطقة، عندما يتم استخراجها من المنطقة، باسم (المعادن) . . وإذن فالتراث المشترك قاصر على تربة البحر والتحربة ولا يمتد إلى سطح البحر . والفكرة الكامنة وراء التراث المشترك للإنسانية هو إحساس الجماعة الدولية بأن الثروات التى اغدقتها عليها الطبيعة ليست حقا خالصة للحاضر فحسب بل هى كذلك مشترك بين الحاضر والمستقبل ، أى أن التراث مشترك بين دول هذه الايام ودول القادم من

الزمان ، الأمر الذى يتطلب إدارة اقتصادية رشيقة تحتوى الدول النامية والدول الراهية جميعا ، كما أنها لا تختص جيلا بعينه بتميزة تمنحه أولوية على غيره من الأجيال إنما تضمن لكل جيل استخداما قويا ليقبى على -موارد الثروات المشتركة . ولذا تنص م ١٣٧ من اتفاقية مونتيجر على أن جميع الحقوق فى موارد « المنطقة » ثابتة للبشرية جمعاء ، وتعملها « السلطة » ، وهى الهيئة التى نظمتها الاتفاقية للسهر على مصالح الجماعة الدولية فى المنطقة . وقد عرفتها المادة ١/١٥٧ بأنها (المنظمة) التى تقوم الدول الأطراف عن طريقها ، وقسا لهذا الجزء بتنظيم (الأنشطة) ورقابتها بصورة خاصة بغية إدارة موارد المنطقة ، وهذه الموارد لا يمكن النزول عنها . أما المعادن المستخرجة من المنطقة فلا يجوز النزول عنها إلا طبقا لهذا الجزء الحادى العشر من الاتفاقية الخاص بالمنطقة ، وقواعد السلطة وأنظمتها وإجراءاتها ، كما منعت المادة على أية دولة أن تدعى حقاً فى أن تمارس السيادة أو الحقوق السيادية على أى جزء من المنطقة أو مواردها . ولن يعترف بأى ادعاء أو ممارسة من هذا القبيل .

وتفرض م ١٤٠ أن تجرى أوجه النشاط فى المنطقة لصالح الإنسانية جمعاء بغض النظر عن الموقع الجغرافى للدول — ساحلية كانت ام غير ساحلية — مع ايلاء مراعاة خاصة لمصالح واحتياجات الدول النامية والشعوب التى لم تنل الاستقلال الكامل أو غيره من أوضاع الحكم الذاتى التى تعترف بها الأمم المتحدة ، وتلزم « السلطة » بأن تهيب لتقاسم الفوائد المالية وغيرها من الفوائد الاقتصادية المستمدة من المنتظم تقاسما منضفا عن طريق القوام المناسب .

ويمكن أن ألخص القواعد التى تحكم « المنطقة » فيما يلى :

- ١ — الدول هى التى تحدد بداية هذه المنطقة من حيث أن المنطقة تخرج عن الولاية الوطنية أى أنها تبدأ فى نهاية حدود الولاية الوطنية .
- ٢ — تخضع المنطقة لمبدأ المساواة بين الدول الأطراف فى الاتفاقية وتعتبر المعادن المستخرجة ملكا شائعا لتلك الدول سواء فى شكلها الخام أم المصنع .

٣ — لا تؤثر الأحكام الخاصة « بالمنطقة » على المركز القانوني للمياه التي تعلوها أو الحيز الجوي فوق تلك المياه .

٤ — لا تستخدم « المنطقة » إلا في الأغراض السلمية . وتخضع أوجه النشاط فيها لأحكام الاتفاقية وماتضعه السلطة الدولية من تنظيم في حدود أحكام الاتفاقية .

٥ — يستهدف النشاط في « المنطقة » تشجيع الإنماء السليم للاقتصاد العالمي. والنمو المتوازن في التجارة الدولية وتجنب إحداث آثار ضارة بدخول البلدان النامية أو التخفيف إلى أدنى حد من تلك الآثار الضارة . .

٦ — يجرى النشاط في « المنطقة » لصالح الإنسانية قاطبة مع إيلاء مراعاة خاصة لصالح الدول النامية والشعوب غير المستقلة . ويجب اتخاذ التدابير اللازمة لحماية « المنطقة » ضد التلوث وغيره من الأخطار التي تهدد البيئة .

والحق أن الحالة الكبرى التي تحيط بمذكر « التراث المشترك » سرعان ما تبدد أمام التحليل المتعمق للفكرة إذ تتمخض عن حقيقة تقليدية هي رغبة الدول في إنشاء منتظم اقتصادي للإشراف على « المنطقة » واستثمار مواردها طبقا لقواعد معينة بقصد تحقيق مصالح تفيد منها الدول الأعضاء بناء على أحكام متفق عليها .

ولا أرى في هذا الوجيز داعيا لأن استرسل في الكلام عن « السلطة » الأمنية على هذا التراث والحارس لآمال الإنسانية فيه ، فذلك مجاله الحق هو التنظيم الدولي .

اقطاع استغلال المعادن في النظرية الإسلامية :

يتضح مما أسلفت أن « المنطقة » ملك مشاع للإنسانية وكذا ماتحتويه من معادن . ومن ثم فإن ماقد يكون بها من ثروات حية لا يدخل في مفهوم التراث المشترك — المتحضر في الموارد — وإنما هو باق على حكم الإباحة الأصلية .

وإذ أن الجماعة البشرية — القيمة على مصالح الإنسانية — هي المالك للمنطقة ولا بد للدولة — كي تستفيد من منافع « المنطقة » — من أن تستطلع جزءا من « المنطقة » لاستغلاله ، ولذلك فقد احترت مدرك « إقطاع استغلال المعادن » في النظرية الإسلامية لأستمد منه الأحكام التي يمكن أن نطرحها لتنظيم « المنطقة » من وجهة النظر الإسلامية أو ما يسميه الغربيون بالتراث المشترك . من حيث أن الجماعة الدولية — في محل الإمام ومقابلا له على الصعيد الدولي — هي التي تملك التصرف في منافع تلك « المنطقة » دون رقبتها وأن الاتفاق الذي يبرم بين ممثل الجماعة الدولية وهو هنا « السلطة » وبين الدولة المعنية يعد بمثابة إقطاع استغلال للساحة من تراب وتربة البحر التي تتعاقد عليها « السلطة » مع الدولة المعنية .

والإقطاع شرعا هو سلطة للإمام يستطيع بموجبها أن يمنح أرضا مخصوصة أو غلة أرض مخصوصة لإنسان بشرائط مخصوصة (محمد سلام مذكور — الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ٧٦) . وإذن فالإقطاع هو من السلطات العامة للإمام وليس حقا شخصيا ، وهو ليس مطلقا وإنما يمارس على أرض مخصوصة ، كما أن له شرائط تسعى إلى ضمان توافر شروط القدرة فيمن يُقَطَّع لأن الإمام مقيد في الإقطاع بأن يتصرف في نطاق صالح الجماعة الإسلامية . ذلك أن الآثار تدل على أن الرسول ﷺ كان يقطع الأرض لمن يقدر على إحيائها وتعميرها وعلى أنه إذا قام مانع بالمُقَطَّع جاز له أن يرد القطعة ، وعلى ولي الأمر أن يقبلها ويقطعها لمن لديه القدرة على الانتفاع بها .

وقد اختلف الفقهاء في تكييف الطبيعة القانونية للإقطاع .
أ — فهناك نفر يجعل الإقطاع سببا مستقلا للملك ، وعند هؤلاء أن الحق الذي يكتسب بالإقطاع حق ملكية .

ب — ولكن جمهور الفقهاء يشترطون أن ينضم إلى الإقطاع تعمير وإحياء ، ولذا فإنهم يرون أن الحق المكتسب بالإقطاع هو اختصاص وأولوية فقط بمعنى أن المقطع يصبح أحق بالأرض المقطعة من غيره .

والإقطاع عند الماوردى — او القطائع كما اسماء — ضربان : إقطاع تمليك وإقطاع استغلال . وإقطاع التمليك تنقسم فيه الأرض المقطعة ثلاثة أقسام : موات ، وعامر ، ومعادن (الأحكام السلطانية للماوردى — مرجع سابق ، ص ٢١١ — ٢١٢) . أما إقطاع الاستغلال أى ماعبر عنه الفقهاء بإقطاع الارتفاق ، هو ما يخصه الإمام لبعض الناس من أرض ونحوها ليس عليها ملك سابق وذلك للارتفاع بها فترة من الزمن (الرشيد — مرجع سابق ، ج ١ ، ٣٣٥) .

وتتلخص أهم أحكامه فيما يلى :—

- ١ — لا يتسلك المقطع له ما أقطع تملكا خاصا وإنما يكون له حق أولوية يميزه على من سبق إليه من غير إقطاع .
- ٢ — للمقطوع له أن ينتفع بالمقطوع على حاله ولا يحق له أن يبنى فيه إذا كان أرضا ولكن له أن يبنى فيه مظلة يستظل بها أو نحو ذلك مما ليست له صفة الدوام .

وقد أضاف الماوردى إقطاع المعادن وهى البقاع التى أودعها الله تعالى الجواهر فى الأرض فهى ضربان ظاهرة وباطنة :

« أما الظاهرة فما كان جواهرها المستودع فيها بارزا كمعادن الكحل والملح والنפט فهو كالماء لا يجوز إقطاعه والناس فيه شرع يأخذ من ورد اليه . »

« وقد نص عليه فى رواية حرب وقد سئل عن حديث النبى ﷺ (أنه أقطع رجلا معدن الملح الذى بمأرب فقبل له : إنه بمنزلة الماء العذب ، فرده النبى ﷺ ، فقال (معدن ملح ينتابه الناس فى الصحراء يأخذون الملح ليس هو بملك أحد . أخذته السلطان فأقطعه رجلا فمنع الناس منه : فكرهه وقال : هذا للمسلمين) . »

« فإن أقطعت هذه المعادن الظاهرة لم يكن لإقطاعها حكم . وكان المقطع وغيره فيها سواء . وجميع من ورد أسوة يشتركون فيها . فإن منعهم المقطع كان متعديا . وكان لما أخذه مالكا . لأنه متعدي بالمنع لا بالأخذ وكفى عن المنع

وحسُرُف عن مداومة العمل ، لئلا يتبته إقطاعا بالصحة أو يصير معه في حكم الأملاك المستقرة .

« وأما المعادن الباطنة فهي ما كان جوهرها مستكنا فيها لا يرصل إليه إلا بالعمل كمعادن الذهب والفضة والصفر والحديد . فبئذه وما أشبهها سواء احتاج المأخوذ منها إلى سك وتصفية وتخليص أو لم يحتج فلا يجوز إقطاعها للمعادن الظاهرة وكل الناس فيها شرع .

« فإن أحياء مواتا بإقطاع أو غير إقطاع تظهر فيه بالإحياء معدن ظاهر أو باطن ملكه المحيي على التأيد كما يملك ما استنبطه من العيون واحفره من الآبار » (الأحكام السلطانية — مرجع سابق ، ص ٢١٩ — ٢٢٠) .

ولكنني آخذ على رأى الماوردى في المعادن :

أ — بالنسبة للملح الذى اعتبره من المعادن الظاهرة ، فهو ومن على شاكلته من الفقهاء التقليديين يتكلمون عن ملح الجبال أما ملح البحار الذى يستخرج بتبخير المياه فهو بداهة ليس بمعدن ظاهر ولذا فإنه يأخذ حكم المعادن الباطنة .

ب — أرجح في المعادن الباطنة جواز إقطاعها لرواية كثير بن عبد الله المزنى عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث المعادن القبلية جلسيها وغورييها وحيث يصلح الزرع من قوس ولم يقطعه حق مسلم فدل بذلك على جواز الإقطاع وفى حكمه قولان ، إنه إقطاع تمليك يصير به المقطع مالكا لرقبة المعدن والثانى إنه إقطاع إرفاق لا يملك به رقة المعدن . (وفى الجلسة - أو الغور - تأويلان : أحدهما أنه أعلاها وأسفلها والثانى بلاد نجد وبلاد تهامة) .

إن الشطر من آراء الفقه الذى أقيس عليه هو المتعلق بأحكام الإقطاع من حيث ما للمقطع له من حقوق والتزامات . أما ما قاله الفقه التقليدى عن حكم الإقطاع من حيث الجواز وعدمه فإنى أرى ألا أتقيد به ، ذلك أن الفقه صبر فيه عن تصور أن الإقطاع من الإمام لفرد ما فوازن بين حق الجماعة وبين حق

الفرد ومنع الإقطاع عندما يكون في مال مخصص لمصلحة المجموع فهو يحرم الإقطاع في المعادن الظاهرة قياسا على الماء لأن الناس فيه شرع . وكذلك الأمر في المعادن الباطنة .

لقد سبق أن تعرضت لبعض أحكام المعادن وأنا بصدد الكلام عن الثروة البحرية غير الحية وأقول إنني أناقش الآن حكما في القانون الدولي وليس حكما في القانون الداخلي ، والمقطع له في القانون الدولي ليس فردا وإنما دولة أى وحدة دولية أحد عناصرها المكونة لها هو الشعب . وإذن فالشعب هو في الحقيقة المقطع له ، وهنا تسقط حجة الفقه التقليدي وهي أن الناس شرع في المعادن وتبعاً فلا يجوز اختصاص فرد بعينه بها دون باقي الناس . ثم إن الحق في الفرض الذي ابجته هو أصلاً للإنسانية أو للجماعة الدولية والإنسانية أو الجماعة الدولية تصور قانوني خيالي ، أما الشعب فتصور قانوني واقعي ومن ثم فإننا نقرر حقاً لوحدة لها مظاهر قانونية واقعية حيال وحدة ليس لها أى مظهر مادي في حين أن الفقه التقليدي منع الإقطاع للفرد حماية لحق ينتفع به الناس وهم واقع فهو يوازن بين حق فردي واقعي وحق اجتماعي واقعي أما على الصعيد الدولي فنحن نتكلم عن حق فردي واقعي وإزاء حق جماعي غير واقعي ولا ننسى أن حصر الناس وحصر منافعهم فردا فردا قد يتعذر أما حصر الدول وحصر مصالحها دولة دولة فقد ييسر . وهكذا نخلص إلى أن التقيد بالقياس هنا ينتهي إلى حرج وضياح للمصلحة ولذا لا يبقى أمامنا إلا أن نلجأ لضوابط الاستنباط التي تنظم الحالات الاستثنائية ، أى الاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع . وكل هذه الضوابط تنتهي في رأيي إلى القول بجواز إقطاع المعادن التي توجد في منطقة التراث المشترك إلى الدول بالشروط والأحكام التي تتفق عليها الجماعة الدولية ، وتلك الشروط هي حالياً ما تنقبت عليه الجماعة الدولية في معاهدة مونتيجو .

وقد فضلت ان اطلق على هذا الاقطاع مسمى مشتركاً وهو « استغلال المعادن » لان الحقوق التي تنقرر للمقطع له مقادة في حالة إقطاع الاستغلال .

والمال الذي يتمتع به الإقطاع هي 'مُعادن' فحسب، إلا شيء آخر في المنطقة سوى تلك المعادن .

أخلص من كل ذلك إلى أن « السلطة » الدولية التي ترتضيها الجماعة الدولية يمكن أن تقطع معادن منطقة التراث المشترك الكائنة في مساحة بعينها إلى دولة ما . وعندئذ يكون لتلك الدولة :
أ — حق أولوية على غيرها من الدول في كشف واستغلال ما بالمنطقة من معادن .

ب — يظل للدولة حقها في الكشف والاستغلال طوال فترة الإقطاع سواء قامت بالكشف والاستغلال أم لم تقم لأن المقطع له لا يزول بنقله مناعة منه بل له أن يعود إليه متى احتاج لذلك .

ج — للدولة أن تستخدم منشآت في حدود ماهر لازم لقيامها بعمليات الكشف والاستغلال ولا تتجاوز ذلك باقامة منشآت تبقى لها صفة الدوام حتى بعد انتهاء فترة الإقطاع .

د — ماجاء في اتفاقية مونتيجو من أحكام تتصل بهذا الإقطاع في شأن السلوك العام للدول فيما يتعلق بالمنطقة وصالح الإنسانية واستخدام المنطقة للأغراض السلمية وحقوق الدول الساحلية ومصالحها المشروعة والبحث العلمي البحري ونقل التقنية وحماية البيئة البحرية وحماية الحياة البشرية والتوفيق بين أوجه النشاط في المنطقة ، وفي البيئة البحرية ومشاركة الدول النامية في أوجه النشاط في المنطقة وتنمية موارد المنطقة وسياسات الانتاج وممارسة « السلطة » لصلاحياتها ووظائفها ونظام الكشف والاستغلال ، (م ١٣٨ — ١٥٣ من الاتفاقية) ، هي أحكام تقبلها النظرية الإسلامية . ولذا أحيل في استكمال أحكام النظرية الإسلامية من منطقة التراث المشتركة إليها .

كذلك أرى بـ بعد أن راجعت الاحكام الخاصة بالسلطة التي أقامتها الاتفاقية — أن تشكيلها لاغيار عليه في حكم النظرية الإسلامية ولا غضاضة

في أن تعتبر هي الهيئة التي تقوم الدول الأطراف عن طريقها بتنظيم أوجه النشاط في المنطقة ورقابتها رهنا بداهة بالوضع الراهن لدار الإسلام .

وبدهى — مادام أن التراث المشترك هو أصلا حق الجماعة الدولية — أن تستغنى « السلطة » عن الاستعانة بالدول في كشف واستغلال « المنطقة » وأن تعهد بذلك إلى « المؤسسة » وهي هيئة « السلطة » التي تقوم بأوجه النشاط في « المنطقة » بصورة مباشرة . والحق أن قيام « السلطة » كممثل للجماعة الدولية — بأوجه النشاط في « المنطقة » يقابل — على الصعيد الداخلى — قيام الإمام بذلك النشاط لصالح جماعة المسلمين المؤمر عليهم .

قد يقال : ولكن الإقطاع حكم خاص بالمسلمين داخل حدود دولتهم أما الإقطاع هنا فحكم عام للمسلمين وغير المسلمين فكيف نقيس هذا على ذاك ؟ . وردى على هذا أن التعارف — أو مايقضى به العرف هي — كما قررت من قبل — القاعدة التي تحكم علاقة المسلمين غير المسلمين مادام أن غير المسلمين قائمون على الولد للمسلمين والتعاون معهم « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » . ولاتك أن الوضع الذى تقوم عليه الجماعة الدولية اليوم وانفراد الغرب بالتقانة واحتيازه للقدرات المادية والعلمية يجعل من المتعذر على دار الإسلام أن تنعزل وحدها في استعمار الأرض . وإذن فلا غنى عن المشاركة والتعاون بين دار الإسلام ودار المخالفين لعمار الكون واستثمار ثرواته وموارده تحقيقا لقوله عز وجل « هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها » ... (عبود / ٦١) لأن الاستعمار هو صيغة الاستفعال من العِمَار والتعمير أى فرض عليكم أن تعمروها . وقد نعى القرآن الكريم على « الذين يفسدون في الأرض ولا يتسلحون » (الشعراء / ١٥٢) « انا لا نضيع أجر المصلحين » (الاعراف / ١٧٠) . والعطف في هذه الآية الأخيرة على الذين « يفسدون بالكتاب وأقاموا الصلاة » أى على المصلحين من أهل الكتاب . فلا ضير إذن من أن تشاطر دار الإسلام الجهود مع المصلحين من دار المخالفين سعيا وراء عمار الأرض التي منها نشأ الخلق جميعا .

إن الجساعة الدولية في مثل هذه الأمور تركب السفينة ذاتها التي جاءت في الحديث الشريف « مثل القائم على حدرد الله والواقع عليها كمثل قوم استهموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها فكان الذين في أسفلها إذا استنقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقا ولم نؤد من فوقنا فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا ». والواقع أن الإسلام يعتبر أن الخيرية تتحقق بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهي معيار تفضيل أمة على أخرى .

أما ماورد في اتفاقية مونتيجو بشأن فض المنازعات فإنما أحيل في موقعي منه وماأنصح به الدولة الإسلامية إلى ماأسلفت عند الكلام على القضاء والتحكيم في الإسلام ففي ذلك غنى عن التكرار ، وسبحان الحكيم الغفار .

المبحث السادس

في

الاقويانوس أو البحر المحيط (البحر العالى)

عجالة في أحكام البحر العالى في النظرية المعاصرة : تعريف وتحديد :

البحر العالى أو البحر المفتوح أو البحر العام أو أعالي البحار ، هي المنطقة من البحر التي تبدأ من نهاية البحر الساحلى أو المنطقة الاقتصادية — حسب الحال — في مقابلة الساحل والتي تمتد إلى أعلى البحر . وتقول م ٨٦ من اتفاقية مونتيجو إنه يشمل « جميع أجزاء البحر التي لا تشملها المنطقة الاقتصادية الخالصة أو البحر (الاقليمى) أو المياه الداخلية لدولة ما ، أو لا تشملها المياه الأرخبيلية للدولة أرخبيلية » .

وأود أن أنبه منذ البداية إلى أننى أتكلم هنا عن اليم (سطح الماء) لأن لقاع البحر مسمى آخر وحكما آخر أتعرض له فيما بعد . والاقويانوس — وهو المصطلح الذى اخترته للبحر العالى — هو تعريب للفظة الإفرنجية ocean — وربما كان العكس هو الصحيح . رقد كنت بين اعتماد ذلك المصطلح وبين تعبير البحر

المحيط لولا أنى رأيت أن البحر بأقسامه جميعا محيط باليابسة . ثم إن اللفظة "جنسية تستعمل عادة لما يقابل البحر الدالى .

ويوصف النظام القانونى للبحر العالى بأنه نظام حر ، غير أن تكييف هذه الحرية يثير جدلا بين الفقهاء . وقد مرت بدول العالم فترة من الزمن كانت فيها نهبا لفكرة تملك البحار ، الأمر الذى ينعكس فيما ورثناه من تسميات لبعض تلك البحار كالثقانة الانجليزية مثلا ، وذلك تثبتا لما تزعمه الدول من ملكية لبعض أجزاء منها ؛

ويعرف تاريخ القانون الدولى الجدل الذى حمى وطيسه بين جروسيوس — الفقيه الهولاندى — فى دفاعه عن حرية البحار ، وبين سلدن الفقيه البريطانى فى تشبثه بفكرة إغلاق البحار على السيادات التى تدعيها ، ولكن مبدأ حرية البحار استطاع أن يحقق استقرارا قويا بعد حروب نابليون . وشاءت الأقدار أن يعرف ذلك المبدأ فى القرن التاسع عشر مكانه الثابت الوطيد بين قواعد قانون الشعوب لصالح التجارة والملاحة الدولية .

وقد جرت عادة الفقهاء فى بحث حرية البحر العالى على التساؤل عما إذا كان هذا البحر مالا مباحا أم مالا مشتركا . ولعل السليم هو أن المباح فى البحر العالى هو مباشرة الدول لاختصاصاتها فيه ، ذلك أن م ١٠١ من الاتفاقية تنص على أنه « لا يجوز لأية دولة أن تدعى إخضاع أى جزء من أعالي البحار لسيادتها » .

ويترتب على حرية البحر العالى تلك فئتان من الآثار :

(١) آثار سلبية تحرم على أية دولة أن تأتى فى البحر العالى أعمال سيادة أو تصرفات سلطة قبل سفن لا تحمل علمها ، وهذا مايسمى بمبدأ عدم التدخل .

(٢) آثار ايجابية تقرر حرية كل دولة فى أن تحصل من البحر العالى على ماتشاء من فوائد رهنا بعدم الإضرار بالمصالح المشروعة للدول الأخرى ، وهذا مايسمى بمبدأ المساواة فى الانتفاع .

أما عن مبدأ عدم التدخل فتعالجه م ٩٠ من اتفاقية مونتيجو بقولها « لكل دولة ساحلية كانت أو غير ساحلية الحق في تسيير سفن ترفع علمها في أعالي البحار » وإذن فتفصيل الأثر السلبي لحرية البحر العالي إنما ينصب أساسا على مناقشة مركز السفينة في البحر العالي .

تقضى الأعراف والوفقات الدولية بأن « تحدد كل دولة شروط منح جنسيتها للسفن وتسجيل السفن في إقليمها وللحق في رفع علمها وتكون للسفن جنسية الدولة التي يحق لها رفع علمها » ، (م ٩١ من الاتفاقية) . كما تقضى بأن « تبحر السفينة تحت علم دولة واحدة وتكون خاضعة لولايتها الخالصة في أعالي البحار إلا في حالات استثنائية منصوص عليها في معاهدات دولية » (م ٩٢ من الاتفاقية) .

ولما كانت الدول متساوية في الحقوق ، الأمر الذي يقتضى عدم إخضاع دولة لقضاء دولة أخرى ، فإن السفينة الحربية أو التي تستخدم في مهمات حكومية غير تجارية ، لا تخضع لإشراف أو رقابة سفينة أخرى تحمل علما أجنبيا . ويذهب البعض في تبرير تلك الحصانة إلى أن السفينة العامة تعتبر جزءا عائما من إقليم الدولة التي تحمل علمها . وقد يكون الأصح في هذا هو أن السفينة وحدة عائمة تتابعها السلطة العامة للدولة العلم بصفة مستمرة وهى في البحر العالي .

إن حرية البحر العالي تعنى كما أسلفت أن حق ممارسة السلطات الفعلية على السفينة في البحر العالي قاصر على دولة العلم ، لكن بالقول بالنسبة لاختصاص الدول قضائيا بنظر ما يحصل في البحر العالي ؟ إن الإجابة على هذا السؤال تثير جدلا طويلا ولهذا فإلى أفضل أن أنهج نهج من يرى أنه لا توجد قاعدة تقصر الاختصاص على دولة العلم إذ يجوز أن تشاطر محاكم دول أخرى الاختصاص بنظر بعض ما يحصل من تصرفات جنائية في البحر العالي من تصرفات مع محاكم دولة العلم ، وهذا لا يفتت على حرية البحر العالي لأنه اختصاص يمارس على السفينة بعد أن تغادر البحر العالي .

أما التصرفات المدنية فأمرها متروك لما تجرى عليه الممارسة الدولية . فالبلاد الأنجلوسكسونية مثلا تمنح ذاتها أوسع اختصاص في هذا السبيل فهي تعتبر أن وصول السفينة أو المدعى عليه إلى مياهها الوطنية (الساحلية أو الداخلية) مبرر لممارسة اختصاصها المحلي .

وأما عن مبدأ المساواة في الانتفاع فإن المادة ٨٧ من اتفاقية مونتيجو تعالجه فتقول إن هذا المبدأ يشتمل فيما يشتمل بالنسبة إلى كل الدول الساحلية وغير الساحلية على :

- أ — حرية الملاحة .
- ب — حرية التحليق .
- ج — حرية وضع الكابلات وخطوط الأنابيب المغمورة .
- د — حرية إقامة الجزر الاصطناعية وغيرها من المنشآت المسموح بها بموجب القانون :
- هـ — حرية صيد الاسماك .
- و — حرية البحث العلمي .

وتمارس هذه الحريات جميعا مع إيلاء المراعاة الواجبة لمصالح الدول الاخرى في ممارستها لحرية أعالي البحار ، وكذلك الاعتبار الواجب لما تنص عليه هذه الاتفاقية من حقوق فيما يتعلق بأوجه النشاط في المنطقة .

ومن ثم فإن المساواة في الانتفاع هي في حقيقتها المساواة في ممارسة حريات معينة . على أن هذا المبدأ قد ترد عليه قيود يمكن أن ألخصها فيما يلي :—

أ — قيود اتنائية ، وهذه متروكة لما تقبله الدول فيما تبرمه من وفاقا ولذا فإنها قيود لا حصر لها .

ب — حق الملاحقة أو المطاردة الخيثة ، وقد تعرضت لهذا القيد عند الكلام على البحر الساحلي .

ج — المنطقة المتاخمة ، وهذه ايضا تناولتها بالدراسة فيما سلف .

د — حق الاقتراب ، وحق الزيارة والتفتيش .

هـ — حق الدفاع عن الذات ، ويمكن أن نضيف وسائل الإكراه السلمية .
و — المناورات البحرية ، وهذه قيود عامة لا تختص بالبحر العالى وحده بل
يمكن أن ترد في عنصر من عناصر إقليم الدولة (البحرى أو الفضائى أو
الأرضى) .

هذا فضلا على ما يحتمل أن يرتكب في البحر العالى من مخالفات مثل
القرصنة ، والتجارب الذرية ، وتلويث المياه (وقد أفردت بابا ملحقا في نهاية
هذا السفر يناقش قضية التلويث) .

واختار من بين حريات البحر العالى أن أعالج هنا حرية الصيد —
واستكمالا لما قدمت بشأن صيد الثروات الحية في البحر الوقف . أما الحريات
الآخرى فعنوانها دليل عليها والتفصيل فيها يتجاوز العموميات التي كرس هذا
السفر لايضاحيها .

وأخذا بالغاية ذاتها لا يبقى لنا من القيود سوى حق الاقتراب وحق الزيارة
والتفتيش ، أما المخالفات فأختار أظهرها وهي جريمة القرصنة .

وتبعا فإني أعالج فيما يلي على التوالي :

(١) حرية الصيد . ويذهب فريق من الفقه إلى أن حرية الصيد ليست أثرا
من آثار حرية البحر العالى وإنما هي حرية مستقلة بذاتها ولذا نرى أن
بعض الدول — اثناء مناقشات اتفاقيات جنيف سنة ١٩٥٨ — تنكر
وجود أية علاقة قانونية بين حرية الصيد وحرية البحر .

(٢) حرية الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش .

(٣) جريمة القرصنة .

ولكننى أرجىء هذه المعالجة إلى مابعد مناقشة مدرك البحر العالى في النظرية
الإسلامية .

البحر الاوقيانوس في النظرية الإسلامية : تعريف وتحديد :

قدمت من قبل أن النظرية الإسلامية يمكن أن تجارى النظرية الغربية فيدا

تقره بالنسبة لامتداد المياه الوطنية (الداخلية والساحلية) والمنطقة الاقتصادية ، ولما كانت المساحات المائية للبحر العالى هى ماتبقى من البحر المالح بعد المياه الوطنية ومياه المنطقة الاقتصادية فإن تعريف الأوقيانوس فى النظرية الإسلامية . يمكن كذلك أن يتطابق مع تعريف البحر العالى من - حيث أن الأوقيانوس هى مساحات البحر المالح بعد استبعاد المياه الداخلية والبحر الحريم والبحر الوقف ، وكذا المنطقة الحجاز والمياه الأرخيبيلة بداهة

أما فى شأن حرية الأوقيانوس فإن كتابات الفقهاء القدامى قد خلت من مناقشتها لأن أهميتها فى العلاقات الدولية لم تكن تمثل الخطورة التى تجذب اهتمام هذا الرعيل الأول من الفقهاء . ولكن الأمر بدأ يحتل أهمية فى الفكر الإسلامى المتأخر ، وانشغل الفقهاء بملكية الأوقيانوس — أو البحر المالح — واختلفت الآراء حول ما إذا كان الأوقيانوس يعتبر من دار الحرب أم من دار الإسلام أم انه بحر حر لا هو من ذاك ولا هو من تلك .

وأود قبل أن أعرض لهذا الخلاف أن أوضح بأن الفقهاء المسلمين استخدموا مصطلح البحر المالح فى جدطم لأن البحر المالح كان — وقت أن ثار هذا النقاش — يمثل مساحة واحدة متصلة من الناحيتين — القانونية والجغرافية — ولم تكن التقسيمات القانونية التى نعرفها اليوم قد ظهرت إلى عالم القانون وقمض . ولذا فإن الأحكام التى قدمتها بشأن ما استحدث على البحر المالح من أقسام هى اجتهادى الخاص ، وأما نقاش الفقه التقليدى للبحر المالح فهو إنما ينصرف إلى ما نطلق عليه اليوم البحر العالى (أو الأوقيانوس كما اخترت هنا) .

يقول ابن عابدين إن البحر المالح جزء من إقليم العدو شأنه شأن الصحراء التى لا يليها إقليم إسلامى ، وقد قال الحموى وأبو السعود بهذا رأى أيضا . ويروى الشرنبلأوى عن سراج الدين عمر بن على الكنانى — صاحب الهداية — أن الكنانى سئل عما إذا كان البحر المالح يعتبر جزءا من دار الإسلام أم من دار الحرب فأجاب بأنه ليس هذا ولا ذاك ، وإنما هو حر لأن أيا من الدارين لا هيمنة لناعليه (رد المختار شرح الدار المختار لابن عابدين ج ٣ ، ص ٢٦٦ — ٢٦٧) .

ويقابل هذا رأى آخر يذهب إلى أن ما لا يدخل في دار الإسلام ولا في دار الحرب يجب أن يعد إقليما غير إسلامي ، ولذا فإن البحر الملح يجب أن يعتبر إقليما غير إسلامي . ومن ثم فإن خروج رعية غير مسلم من رعايا الدولة الإسلامية إلى البحر الملح دون إذن يقطع رابطة الولاء التي تربطه بالدولة الإسلامية كما لو كان رعية لدولة غير إسلامية . وإذا عاد منه فإنه يعامل معاملة القادم الجديد ، وتفرض الرسوم الجمركية على متعلقاته .

وواضح مما سلف أن المعيار الذي وجه آراء الفقهاء المسلمين هي فكرة السيطرة على البحر فهم جميعا يرون أن هيمنة الدولة الإسلامية على البحر الملح (الأقيانوس) مستحيلة . بيد أن منهم من اعتبر عدم القدرة على الهيمنة مبرر لوصف الأوقيانوس بأنه من إقليم الأعداء ومنهم من اعتبرها مبررا لوصفه بأنه بحر حر .

والحق أن الخلاف بين الفقهاء المسلمين حول حرية الأوقيانوس يذكرنا بالخلاف المشهور الذي دار بين سلدن وجروسيوس حول تلك الحرية فالطرفان كانا ديدنهم في تحديد طبيعة البحر هي السيطرة فمن اعتبر السيطرة ممكنة أغلق البحر وأخضعه لسيادة إقليم ما ومن اعتبر السيطرة غير ممكنة جعل البحر حرا .

ولكني أرجح — وسط هذا الجدل — رأى الكنائى وهو أن الأوقيانوس بحر حر ، وسندى في ذلك فهمى لبعض الآيات الكريمة . يقول تعالى « الله الذى سخر لكم البحر لتجرى الفلك فيه يأمره ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون » (الجاثية / ١٢) . ويقول سبحانه « وهو الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون » (النحل / ١٤) . والآيتان واضحتان — في تقديري — في أن تسخير البحر يعنى هنا فتحه للجميع وليس انحصاره في قوم دون قوم وإلا فكيف تجرى الفلك مواخر فيه وكيف تتوفر الفرصة للناس في أن يأكلوا اللحم الطرى ويستخرجوا الحلية التى يلبسونها . إن الله لم يفضل في هذه الآيات أناسا على أناس وإنما جعل الخطاب للعامة فدل على

أن التسخير للعامة ولا يكون التسخير للعامة إلا إذا تمتع الجميع بالانفتاح بالبحر على قدم المساواة . وإذا كنا قد أسلفنا أن من البحر اجزاء تختص بها كل دولة على حدة فما ذلك إلا لأن هناك اتفاق بين الدول على ذلك ورضاء من الجميع بهذه الميأاة لمنافع البحر وإلا لما جاز لدولة أن تحتكر منافع جزء من البحر دون الأخرى . ومن ثم فإن الدولة التي تتجاوز الوفاقات الدولية أو الأعراف الدولية فيما يتبقى من منافع — ولم يكن لها سند مؤيد في النظرية الإسلامية — تكون معتدبة ولا يقر تصرفها . ومن هنا أقول مثلاً إن الجماعة الدولية قد استقرت اليوم على أن امتداد البحر الحريم هو ١٢ ميلاً من خط الأساس ، فلو أن دولة أرادت الامتداد ببحرها الحريم إلى أكثر من ذلك على الرغم من اعتراض الدول الأخرى فإن تجاوزها للحد المتفق عليه يعتبر في النظريتين — الإسلامية والغربية — اعتداء وظلماً يجب رفعه . أعود فأقول إن الأوقيانوس — في الرأي الذي اعتمده — من بين آراء الفقهاء المسلمين — هو بحر حر أو مباح .

والإباحة عند الأصوليين هي التخير بين فعل الشيء وتركه ، ويقول الشاطبي إن المباح عند الشارع هو التمييز بين الفعل وترك من غير مدح ولا ذم على الفعل ولا على الترك (الموافقات ج ١ ص ٦٨ — ٦٩) . وعرفها الشوكاني بأنها ما لا ضرر على فاعله وإن كان محظوراً ، والإباحة على هذا وصف في الفعل يوجب عدم الضرر على فاعله وإن كان الترك محظوراً (ارشاد الفحول للشوكاني ج ١ ، ص ٦) .

أما الآمدى فقد عرفها بأنها مادته الدليل السمعى — أى خطاب الشارع — بالتخير فيه بين الفعل وترك من غير بدل (الإحكام في أصول الأحكام للآمدى — ج ١ ، ص ٥٤) .

أما الإباحة عند الفقهاء فقد فسرها العيني بأنها الإطلاق في مقابلة الحظر الذي هو المنع ، فيكون المباح على ذلك هو المطلق فعليه في مقابلة المحظور (رمز الحقائق شرح كنز الدقائق — ج ٢ ص ٢١٥) .

١ إن هذه التعريفات تجتمع عند تعريف المباحات بأنها هي ما أباحه الله .
ومن أخذ بهذا الاتجاه من المتأخرين التعريف الذى قال به استاذى الشيخ على
الخفيف — رحمه الله — فهو يعرف المباح بأنه جميع ما خلقه الله تعالى فى
الأرض لينتفع به الناس مالم يحزه أحد (راجع مقال فضيلته فى مجلة القانون
والاقتصاد ، العدد الأول من السنة العشرين ص ١٢٦) . وقريب منه تعريف
الاستاذ الدكتور محمد سلام مذكور فقد عرف المباح بأنه ما خلقه الله تعالى
لينتفع به الناس على وجه معتاد وليس فى حيازة أحد مع إمكان حيازته (أحكام
المعاملات الشرعية لمحمد سلام مذكور — مرجع سابق ، ص ٢٧) .

ولكنى أجد فى هذا المقام الأخذ باتجاه آخر يعرف المباح بأنه ما أذن فى
الانتفاع به أو استهلاكه أو ملكه سواء صدر الإذن من الشرع أو المالك .
وهذا هو الاتجاه الذى أخذ به الجرجاني فى تعريفاته فهو يقول إن الإباحة هي
الإذن بإتيان الفعل كيف يشاء الفاعل .

وللإباحة أقسام فى النظرية الإسلامية فهى تنقسم من حيث مصدرها إلى
قسمين :

١ — إباحة بإذن من الشارع بأن يدل عليها نص أو يقررها الفقهاء
باجتهادهم .

٢ — إباحة يأذن فيها الأفراد بعضهم للبعض الآخر .

وتنقسم من حيث متعلقها إلى قسمين كذلك :

١ — إباحة استهلاك تخول للمأذون حق استهلاك العين ومنافعها . . .

٢ — إباحة انتفاع وتكون بتسليط الإذن للمأذون له على الانتفاع بالعين على
الوجه الذى يراد منها دون أن يختص بالعين ذاتها .

والإباحة التى أعنيها فى خصوص الأوقيانوس إباحة مصدرها الشارع لأنها
نتيجة اجتهاد فقهي ومتعلقها إباحة انتفاع لأن الدول ليس لها حق اختصاص
بعين البحر . ومن ثم فهى تختلف عن الإباحة بمفهومها فى القانون المدنى حيث
المباح هو المال الذى لا مالك له ويجوز أن يملكه أول واضح يد عليه .

إن الأوقيانوس محل ملكية مشتركة للدول ، ومن ثم فإن له مالكا وتبعاً فيبدو لا يخضع لقاعدة الملكية بالحيازة وإنما الذى يخضع لتلك القاعدة هي ما يحتوى عليه الأوقيانوس من ثروات وموارد .

والإباحة على النحو الذى انتهت اليه فى النظرية الإسلامية تنفق مع الإباحة على التعريف الذى اخترته للإباحة فى النظرية الغربية ، أى انها إباحة انتفاع لأن المباح فى البحر العالى هو مباشرة الدول لاختصاصاتها .

أما والإباحة فى كل من النظريتين — الإسلامية والغربية — لها فى الرأى الذى أقره مفهوم متماثل ، فبدهى أن يترتب على الإباحة فى النظرية الإسلامية ما يترتب عليها فى النظرية الغربية ، أى انها ترتب آثارا سلبية تمثل فى مبدأ الامتناع ، و آثارا ايجابية تمثل فى مبدأ المساواة فى المنفعة . وأن تكون الآثار فى النظريتين ذات مضمون واحد وتطبيقات متشابهة . ومادام أن الحريات فى النظريتين واحدة والقيود واحدة والمخالفات يمكن أن تكون واحدة فإننى أتعرض لحكم مابقى من حريات وقيود وما اخترته من مخالفات فى كل من النظريتين معا .

أ — حرية الصيد :

يذهب فريق من الفقه إلى أن حرية الصيد ليست من آثار حرية البحر العالى وإنما هي حرية مستقلة بذاتها . ولذا نجد أن بعض دول آسيا وأمريكا اللاتينية — أثناء المناقشات التى دارت فى جنيف سنة ١٩٥٨ — تنكر كذا ذكرت قيام علاقة قانونية بين حرية الصيد وحرية البحس . وفى تقديرى أن هذا هو مقتضى النظرية الإسلامية لأن السمك فى النظرية هو — كما أسلفت من الصيد المباح يملك بالسبق إليه . وتبعاً فإن حرية الصيد فى النظرية الإسلامية هي — كما ذهب هذا الفريق من الفقه — حرية مستقلة بذاتها وليست حرية مرتبطة بأن السمك موجود فى بحر مباح .

وبدهى أن إباحة الصيد يمكن أن تتعارض مع ضرورة الحفاظ على الثروة

الأحيائية البحرية كى لا تستنفد ، ولذا كان لزاما للتوفيق بين الضرورتين من أن نضع ضوابط لممارسة حرية الصيد . وانطلاقا من هذه الحاجة راح الفقه الغربى يصوغ نظريات متعددة لتقوية تلك الحاجة .

فهناك نظرية الامتناع التى تقضى بأن الدول التى لا تستثمر الثروة السمكية فى نطاق محدد من البحر العالى أو تستثمرها بطريقة عرضية بأن تمتنع عن ذلك إذا ما بلغت قدرا معينا من الاستثمار طبقا لتنظيم يحفظ تلك الثروة وذلك بغرض توفير الظروف لتلك الثروة — قبل أن تشرف على النفاد — كى تتكاثر من جديد . وعلى الرغم من النتائج الطيبة التى حققها مبدأ الامتناع فإنه لم يحظ بمباركة العديد من الدول فى مؤتمر جنيف بمقولة إنه يعارض مصالح الدول النامية والتى تريد أن تستمر على استثمار مناطق تستثمرها وحدها فعلا منذ وقت سالف ، ولذا رؤى التوفيق بين المؤيدين والمعارضين وكان الحل فيما قضت به المادة ٥/ من اتفاقية جنيف سنة ١٩٥٨ الخاصة بالمصايد وحفظ الثروة الحية إذ قررت أنه على الرغم من أن لرعايا كافة الدول حق الصيد فى البحر العالى فإن على الدول حديثة النشأة أن تتماشى بمقتضى النظم الموضوعية فى أماكن كانت محل تنظيم سابق وإلا فعليها — إذا لم تتفق على وسيلة سلمية أخرى — أن تلجأ إلى اللجنة الخارجية التى تشكل طبقا للمادة التاسعة من الاتفاقية .

ولكن المادة ١١٩ من اتفاقية مونتيجو جاءت أكثر توفيقا فقد جمعت بين النظريتين فى توازن أفضل ، وتنص على مايلى :

« ١ — على الدول — فى تحديدها لكمية الصيد المسموح بها ووضعها غير ذلك من تدابير حفظ الموارد الحية فى أعالي البحار أن « أ — تتخذ تدابير تهدف ، على أساس أفضل الأدلة العلمية المتوفرة للدول المعنية ، إلى صون أرصدة الانواع المحتتة أو تجديدها ، بمستويات يمكن أن تدر أقصى غلة قابلة للدوام كما تعينها العوامل البيئية والاقتصادية ذات الصلة ، بما فيها الاحتياجات الخاصة للدول النامية ، ومع مراعاة أنماط الصيد والترابط بين السلاسل

السلمكية وأية معالير دولية للحد الأدنى موصى بها بوجه عام سواء على السعيد دون الإقليمى أو الإقليمى أو العالمى .

ب — تضع فى اعتبارها ما يترتب على ذلك من الآثار فى الأنواع المرتبطة المجتناة أو المعتمدة عليها بقصد صون أو تجديد أرصدة الأنواع المرتبطة أو المعتمدة بمستويات أعلى من المستويات التى يمكن أن يصبح فيها تكاثرها مهددا بصورة جدية .

٢ — يتم بصورة منتظمة تقديم وتبادل ما هو متوافر من المعلومات العلمية والإحصائيات عن كمية الصيد ومجهوده وغير ذلك من البيانات المتصلة بحفظ الأرصدة السلمكية ، عن طريق (المنظمات) الدولية المختصة سواء كانت دون إقليمية أو إقليمية أو عالمية ، حيثما يقتضى الحال ذلك ، وباشتراك كافة الدول المعنية .

٣ — تضمن الدول المعنية أن لا تميز تدابير الحفظ وتنفيذها ، قانونا أو فعلا ، ضد مبادئ أية دولة .

وازاء الاعتراض الذى وجه لنظرية الامتناع لجأت عصبة من الفقهاء إلى جدل ذى منطق اقتصادى لتحديد حرية الصيد وذلك بمنع صيد أنواع من السمك فى مواسم معينة من السنة إذ قد يبدو ذلك لازما لمنع تكسب السمك فى الأسواق وانخفاض أسعاره ، وقد عرف هذا الاتجاه بنظرية الضرورة الاقتصادية .

ويطول لى المقام لو أننى نحيث منحنى التفصيل فى الأحكام الخاصة بصيانة الثروة السلمكية فى الأوقيانوس ، ولذا أكتفى بما قدمت كإشارة إلى أهمية تلك الثروة وإعلام بما تبذله الدول لحمايتها . وأضيف أن أيا من النظريتين السابقتين — الامتناع والضرورة الاقتصادية — وغيرها مما قد يسفر عنه الاجتهاد أو تتوصل إليه الدول فى اتفاقات ثنائية أو جماعية يمكن أن تندرج ضمن النظرية الإسلامية تحت مبدأ « لا ضرر ولا ضرار » لأن التوازن بين الحفاظ على الثروة وإباحة الصيد حرا ليس إلا سعيًا نحو تحقيق الصالح للجماعة

الدولية رتبتت الصالح الخاص للدول فرادى فى نطاق مالا يرتب ضررا أو
يتسبب بضرار .

ب - حق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش :

حق الاقتراب — أو كما يسميه البعض الاستطلاع أو التحقق من العلم —
هو الحق الذى يخول للسفن الحربية فى البحر العالى بأن تقترب فحسب من
السفن الخاصة التى تعبر ذلك البحر وتطلب إليها أن ترفع علمها للتحقق من
جنسيتها . ولذا فهو يقيم اتصالا فعليا بين السفينة الحربية والسفينة الخاصة ،
وللسفينة الخاصة الحق فى الامتناع عن الاستجابة لأى تحقيق تريد السفينة
الحربية إجراؤه . وكل السفينة الحربية إذا لاحظت وجود مخالفات أن تخطر
السلطات المحلية لتقوم هذد بدررها باخطار السلطات الوطنية التى تتبعها
السفينة الخاصة بغية أن تقوم الأخيرة باتخاذ اللازم نحو ما ارتكبه السفينة الخاصة
من مخالفات . وقد فقد هذا الحق الكثير من أهميته اليوم بعد أن جهزت السفن
باللاسلكى ، ولذلك نجد أن الاتفاقيات الحديثة تول أهمية أكبر لحق الزيارة
والتفتيش .

وحق الزيارة والتفتيش — كما عرفته اتفاقية . مونتيجو فى م ١١٠ — هو حق
السفينة الحربية فى أن تتفقد سفينة خاصة أجنبية إذا توافرت لديها أسباب
مقبولة للاشتباه فى أن السفينة :

أ — تعمل فى القرصنة .

ب — أو تعمل فى تجارة الرقيق .

ج — أو تعمل فى البث الإذاعى غير المصرح به .

د — أو بدون جنسية .

هـ — أو على الرغم من رفعها لعلم أجنبى أو رفضها إظهار علمها هى فى
الواقع من جنسية السفينة الحربية ذاتها .

وفى هذه الحالة يجوز للسفينة الحربية أن ترسل زورقا تحت قيادة أحد
الضباط إلى السفينة المشتبه فيها . وإذا بقيت الشبهة بعد تدقيق الوثائق ، جاز لها

أن تشرع في المزيد من الفحص على ظهر السفينة ، وينبغي أن يتم ذلك بكل ما يمكن من المراجعة .

ويجوز تعويض السفينة الخاصة عن أية خسائر أو أضرار تكون قد تكبدتها إذا ثبت أن الشبهات لم يكن لها أساس بشرط ألا تكون السفينة المتفقد قد ارتكبت ما يبرر تلك الشبهات .

وقد اكتفت اتفاقية مونتيجو في تسمية هذا الحق باطلاق مسمى حق الزيارة فقط عليه ، ولكن الغالب في الفقه هو أن يذكر تحت مسمى « حق الزيارة والتفتيش » . والحق أن إضافة التفتيش هو تفصيل يوضح الحق فلا ضرر من ذكره .

إن النظرية الإسلامية لحق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش تنطلق من مبدأ أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، والواجب هذا هو تأمين الملاحة البحرية في الأوقيانوس . وحق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش هو نوع من العسس البحري الذي يتغيا توفير الأمن في أعالي البحار . فكما أن الشرطة ضرورة في المجتمع الداخلي فهي أيضا واجب في المجتمع الدولي في الأماكن المفتوحة للدول جميعا والتي يباح لكل منها أن تنتفع بها على قدم المساواة مع الأخرى . وقد شهدنا أن ممارسة هذا الحق على نحو غير مشروع أو بطريقة تعسفية تحول السفينة المتضررة أن تطالب بتعويضها عما أصابها من أضرار أو خسارة ، وهذا بدوره تطبيق لمبدأ أنه لا ضرر ولا ضرار .

ومن ثم فإن حق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش بكافة التفاصيل التي يمارسها هذا الحق — طبقا لاتفاقية مونتيجو — هو من الحقوق التي يمكن أن تبناها النظرية الإسلامية لأنها تحقق غرضا رئيسا من مقاصد الدولة في الشريعة الإسلامية وهو الأمن . وهكذا نجد أنفسنا أمام قضية أخرى من قضايا القانون الدولي التي تتكامل فيها النظريتان — الإسلامية والغربية — تكاملا يكاد يكون مطلقا من حيث أصل الحق وشروط ممارسته وآثاره .

ج - القرصنة :

القرصنة جريمة بحرية جرت الدول على محاربتها حتى استقر في ذلك عرف دولي يعتبر أن القرصان عدو للجنس البشرى . والواقع أن الفقه المعاصر لم يتفق على تعريف موحد للقرصنة ، وقد يكون مرجع ذلك هي صعوبة وضع تعريف جامع مانع للقرصنة وقد تعرضت اتفاقية مونتيجو في المادة ١٠١ منها لتعريف القرصنة فقالت « أى عمل من الأعمال التالية يشكل قرصنة :

« (أ) أى عمل غير قانوني من أعمال العنف أو الاحتجاز أو أى عمل سلب يرتكب لأغراض خاصة من قبل طاقم أو ركاب سفينة خاصة أو طائرة خاصة ويكون موجبا :

- (١) في أعالي البحار ضد سفينة أو طائرة أخرى أو ضد أشخاص أو ممتلكات على ظهر تلك السفينة أو على متن تلك الطائرة .
- (٢) ضد سفينة أو طائرة أو اشخاص أو ممتلكات في مكان يقع خارج ولاية اية دولة .

« (ب) أى عمل من أعمال الاشتراك الطوعى في تشغيل سفينة أو طائرة مع العلم بوقائع تضى على تلك السفينة أو الطائرة صفة القرصنة .

(ج) أى عمل يخرض على ارتكاب أحد الأعمال الموضوعة في إحدى الفقرتين الفرعيتين (أ) أو (ب) أو يسهل عن عمد ارتكابها » .

فإذا ارتكبت أعمال القرصنة — المعرفة أعلاه — سفينة حربية أو سفينة حكومية أو طائرة حكومية تمرد طاقمها واستولى على زمام السفينة أو الطائرة ، اعتبرت هذه الاعمال كالأعمال التي ترتكبها سفينة أو طائرة خاصة .

ويبين من التعريف السالف أن أركان القرصنة هي :

- ١ — عمل غير قانوني (عنف أو سلب أو احتجاز) .
- ٢ — يرتكبه أفراد طاقم أو ركاب سفينة أو طائرة .
- ٣ — ضد سفينة أو طائرة أو أشخاص أو ممتلكات على ظهر السفينة أو على متن الطائرة ، ومن ثم فإن ارتكاب اعمال عنف ضد أشخاص في

عرض البحر ولكنهم ليسوا على ظهر سفينة أو طائرة أو ضد ممتلكات لا تنقلها سفينة أو طائرة لا يعتبر عملا من أعمال القرصنة .

٤ - أن يقع ذلك في أعالي البحار أو في أى مكان خارج ولاية أية دولة . مع ملاحظة أن الفعل إذا وقع في مكان لا سند له لا يشترط فيه أن يكون سفينة أو طائرة أخرى ، وتبعا فان العصيان الذى يقوم به افراد طاقم في منطقة لا سيد لها يعتبر عملا من أعمال القرصنة .

ولما كانت القرصنة جريمة ضد البشرية جمعاء ، فقد أجازت المادة / ١٠٥ من اتفاقية مونتيجو « لكل دولة في أعالي البحار ، أو في مكان آخر خارج ولاية أية دولة ، أن تضبط أية سفينة أو طائرة قرصنة ، أو أية سفينة أو طائرة أخذت بطريق القرصنة وكانت واقعة تحت سيطرة القرصنة ، وأن تقبض على من فيها من الأشخاص وتضبط ما فيها من الممتلكات . ولحاكم الدولة التى قامت بعملية الضبط أن تقرر مايفرض من عقوبات ، كما أن لها أن تحدد الإجراء الذى يتخذ بشأن السفن أو الطائرات أو الممتلكات ، مع مراعاة حقوق الغير من المتصرفين بحسن نية ، فإذا ثبتت الإدانة فإن عقوبة القرصان تكون عادة قاسية وقد تصل إلى حد الإعدام — في البلاد التى يميز قانونها ذلك — هذا فضلا على مصادرة السفينة أو الطائرة التى استخدمت في أعمال القرصنة وماعليها من أموال .

أما إذا كان الضبط دون مبررات كافية « تتحمل الدولة التى قامت بعملية الضبط ، إزاء الدولة التى تحمل السفينة أو الطائرة جنسيتها ، مسئولية أية خسائر أو أضرار يسببها هذا الضبط » (م ١٠٦ من اتفاقية مونتيجو) .

والآن ماقول النظرية الإسلامية في جريمة القرصنة ؟

يقول تعالى « وله الجوار المنشئات في البحر كالأعلام » (الرحمن / ٢٤) . إن نسبة الجوار في هذه الآية الكريمة إلى الرحمن وهى في البحر — وعلى شاكلتها الطائرة من باب القياس — قد يفهم منها أن الإنسان أجراها في البحر بعلم من لدن الله ، ولكن يفهم منها أيضا — فيما أرى — أن - .

السفن في البحر هو من الأمور التي ترعاها العناية الإلهية وتعتبرها منحة ربانية يجب عدم جحودها أو حرمان الناس منها . ومن ثم فإن التعرض للسفينة الجارية — أو الطائرة السارية — هو تعطيل لقدرة من الله بها على عباده وجعل الاستفادة منها تحت رعايته .

وفي قصة موسى مع العبد العالم يقول موسى للعبد العالم بعد أن خرق العبد السفينة « أخرقتها لتغرق أهلها لقد جئت شيئا إمرأ » (الكهف / ٧١) وهذا يفيد أن إعاقة السفينة عن استكمال رحلتها البحرية تعد شيئا إمرأ أى شيئا عجيبا منكرا..

وقد يكفي هذا القول بأن التعرض للسفينة في عرض البحر يعتبر جريمة يعاقب عليها تعزيزا بما يراه إمام المسلمين أو بما تتفق عليه الدول المعنية . ولكن النظرية الإسلامية تعرف جريمة أوسع شمولاً وأعم إحاطة ، ناقشها الفقهاء المسلمون بتفصيل كاف يوضح أركانها ويحدد العقوبة عليها . تلك هي جريمة الحراية التي جاء ذكرها وحكمها في الآية الكريمة « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم » (المائدة / ٣٣) . تلك هي الجريمة التي أرى أن أحكامها تطبق مقابل جريمة القرصنة في النظرية الغربية .

تتكلم الآية عن المحاربين « وهو جمع محارب اسم فاعل من حارب يحارب من الحرب . قال ابن فارس الحرب اشتقاقها من الحرب بفتح الراء وهو مصدر حرب ماله أى سلب والحرب : المحروب وهم قطاع الطريق أى المكلفون الملتزمون من مسلم وذمى ولو أنشئ لأنها تقطع في السرقة فلزمها حكم المحاربة كالرجل » (البهوتى—كشف القناع ، مطبعة انصار السنة المحمدية ، ١٣٦٦ هـ — ١٩٤٧ م ، ج ٦ ، ص ١٢١) .

والمحاربون هم الذين يعرضون للناس بالسلاح في الطريق فيغصبونهم المال

مجاهرة . ويشترط البعض لارتكاب الجريمة أن تكون في الصحراء (علاء الدين المرادوى — الإنصاف ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٧ م ، ج ١٠ ، ص ٢٩١) . بيد أن الصحراء في هذا الرأي هي في مفهومى إشارة للطريق إذ المقصود هو أن يرتكب الفعل في مكان بعيد عن العمران . ولذا فإن الطريق سواء كانت برية أم بحرية أم جوية فإن قطعها هو حراية ويستحق فاعلها عقوبة الحراية كما أوضح في السطور التالية . وتبعاً فإن جريمة الحراية على الأشهر في قول الفقهاء لا يتوفر ركنها إذا ارتكب الفعل في البنيان . وقال ابو بكر حكم المصر والصحراء واحد . وقيل حكم المصر وحكم الصحراء واحد إن لم يُغث .

والأظهر في قول الفقهاء أن يتسلح الفاعل بسلاح ما ولو كان عصا أو حجرا ولكن البعض لا يشترط السلاح « قال في البلغة وغيرها ولو غصبوهم بأيديهم من غير سلاح كانوا من قطاع الطريق » (الإنصاف — المرجع السابق ، ص ٢٩١) .

« إن كل من قطع السبيل وأخافها وسعى في الأرض فسادا بأخذ المال واستباحة الدماء وإتيان ما حرم الله تعالى من المحرمات فهو محارب داخل تحت حكم الله عز وجل في المحاربين الذين يخاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا سواء كان مسلما أو كافرا حرا أو عبدا وسواء وصل إلى ما أراد من أخذ الأموال والقتل أم لم يصل » (القرطبي كتاب الكافي فقه أهل المدينة المالكي ، الرياض ، ١٩٧٨ م — ١٣٩٨ هـ ، ج ٢ ، ص ١٠٨٧) . وهكذا فإن كل من يقطع السبيل أو يخفيها — دون أن ينحصر في تصورات معينة كاشتراط أن يكون مثلاً من سفينة ضد سفينة — يعتبر من المحاربين . ومن ثم فإن الركن المادى في جريمة الحراية الإسلامية أشمل وأوسع من الركن المادى في جريمة القرصنة الغربية إذ يكفي في الحراية أن يكون الفعل قطعاً للسبيل أو إخافة له على أى صورة كان الفعل مادام أنه قد أسفر عن القطع أو الإخافة في حين أن الفعل لا يعتبر قرصنة إلا إذا كان مرتكبه سفينة أو طائرة ضد سفينة أو طائرة

أخرى . والطريق هنا يستوى فيه — كما قدمت — أن يكون برياً أو بحرياً ،
فقد صرح الفقهاء المسلمون بأن قطع الطريق البحري يعتبر — كقطع الطريق
البري — حراًبة .

ولابد أن يتوافر في الجريمة قصد جنائى هو نية القطع أو الإخافة . ولذا
فإن من يقتل رجلاً لدخول أو عداوة على غير مال فليس بمحارب وأرى أن
القياس على ذلك يؤدي إلى القول بأن من يقتل لاعتبارات سياسية — أى من
يرتكب جريمة سياسية — لا يعتبر محارباً في حكم النظرية الإسلامية ، ولكن يجوز
أن يكون عليه القصاص ولولى المقتول العفو عنه إن شاء . والجريمة — كما
هو واضح من النص الذى نقلته — يعاقب عليها سواء تمت أو كانت
شروعاً . وعقاب الفاعل الأصلي كعقاب الشريك ولذا يقول الفقهاء
« وحكم الردء حكم المباشر » .

وإذا كانت الجريمة قد تضمنت القتل فإنه لا يجوز فيها لأحد من أولياء
المقتول وذلك تعظيماً للمجرم وتشديداً في العقوبة . والعقوبات التى توقع على
المجرم هى — كما ورد في صريح نص الآية — القتل والصلب والتقطيع والنفى ،
وذلك خزى الدنيا أما عذابه في الآخرة فعظيم . والعقوبة هنا تتعدد على صور
مختلفة أدناها النفى من الأرض وأقساها القتل . وتعدد العقوبة على هذا
النحو — فضلاً عما فيه من عبقرية توزع العقوبة توزيعاً متناسباً مع الفعل —
يحدد بصورة واضحة أى العقوبات التى يمكن أن تطبق على خلاف النظرية
الغربية التى تركت أمر العقوبة للتشريعات الداخلية التى قد تتغير من دولة إلى
دولة بما قد يترتب عليه من عدم تحقيق العدالة حيث يجوز أن تكون العقوبة عن
الفعل ذاته هزيلة في دولة وقاسية في أخرى . نبيد أن جريمتى الخرابسة
والقرصنة يشتركان في أن الغرض منهما — أى القصد الجنائى الخاص منهما —
هو قطع الطريق البحري أو البري أو إخافته ..

وبدهى أن مصادرة أدوات الجريمة والأموال التى جرى الاستيلاء عليها عن
طريق الجريمة عقوبة تكميلية تضاف إلى العقوبة الواردة في الآية الكريمة

وما يوجد بأيدي المحارب يصرف إلى صاحبه . أما تبعة المحارب فيما استهلك فيفرق فيها بين المحارب المعسر ، وهذا لا تبعة عليه ، وبين المحارب الموسر وهذا يتحمل تبعة ما استهلكه . ويجوز للمجنى عليه في جريمة الحراة أن يدفع الجريمة عنه بأن يناشد الجاني أولاً — إلا أن يعجله عن ذلك — فإن أبى الكف عنه قاتله فإن قتله فدمه هدر ولا شيء فيه عليه ، وإن قُتل فهو شهيد (القرطبي ، المرجع السابق ، ص ١٠٨٩) ، وفي هذا أيضاً تشترك جريمة القرصنة مع جريمة الحراة .

ويختلف الفقهاء في كيفية تطبيق العقوبات وأى الأفعال يطبق عليها أى العقوبات ، وهل يقتل إن قتل من لا يكافئه كولدته والعبد والذمي . ولكن القضية التي اختصها في هذا المقام بالاشارة هي من تاب منهم قبل القدرة عليه : هل تسقط عنه حدود الله من الصلب والقطع والنفي وانحتمام القتل ؟ . هناك رأى يذهب إلى أن الحدود تسقط عنه لأن الله تعالى يقول « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » (المائدة / ٣٤) فقد قال ابن عباس وآخرون إن هذه الآية نزلت في قطاع الطريق لأنها عائدة عليهم . ولكن أصحاب هذا الاتجاه ينقسمون إلى فريقين .

أ — فريق يرى أن الجريمة التي تقبل فيها التوبة يجب أن تقع في أرض الشرك أى بغير أرض أهل الإسلام ، فارتكاب الجريمة في غير دار الإسلام لا يكون مقدوراً عليه أما من هو في دار الإسلام فتأخذه الأحكام وتستولى عليه القدرة .

ب — وفريق يرى أن الحكم ينطبق ايضاً على الجريمة التي ترتكب في دار الإسلام لأن الذي يتدر عليه يكون بين المسلمين ، فأما إذا صار إلى منعة فلا تتفق القدرة عليه إلا بجز جيش أو نفير قوم فلا يقال إنا قادرون عليه .

والرأى عندى أن وضع معيار جامد للقدرة قول يفتقر إلى وجهة المنطق وسلامة الحجة . فالقدرة مسألة ظرفية تقوم في كل حالة بحالتها وتقاس

وقائعها ، وتبعا فلا مجال لأن يكون محل وقوع الجريمة من حيث أنه دار إسلام
 ١. دار شرك ركنا من أركان الجريمة . وقد جاءت الآية غفلا من ألفاظ أو
 ٢. اكيب يمكن أن تزكى التعويل على هذه التفرقة المصطنعة .

أما أن الآية تعالج توبة المحاربين فهذا أمر لا استسيغ قول القائلين به لأنه
 يفتح بابا ميسرا أمام فئة من المجرمين العتاة لإتيان فعلتهم الشنعاء ثم التنصل من
 معقباتها والخلوص من عقابها — وهو عقاب فادح لعظم الجرم — لمجرد أن
 المجرم قد تاب قل القبض عليه . ومثل هذا القول لا يمكن أن يكون محل تقدير
 معاصر من الجماعة الدولية التي تتبعا من عدوان القراصنة والإرهابيين
 وتتجدد أحزانها كل يوم بما يقع من ظلم وحيف بالابرياء . وكيف تكون التوبة
 بلفظة . الواقع أن فهم الفقهاء القدامى للآية قد تأثر بالظروف الحياتية التي
 عايشوها في زمانهم وعلى هدى من تلك الظروف فسروا المقصود بالقدرة .
 لقد كانت رحلة الحجيج من مصر — وهي على الشاطئ المقابل لبحر صغير
 هو البحر الأحمر — تستغرق إلى وقت قريب عدة أشهر . وكانت الرحلة
 محفوفة بالمشقة والمخاطر حتى أن المقبل على الحج كان يستودع أهله الله وقت أن
 يبدأ رحلته ، فما بال الأمر لو أننا تكلمنا عن أماكن في الشرق الأقصى أو في
 أوروبا أو مجاهل إفريقيا . وإذن فقدرة الدولة على قطاع الطرق الذين يرتكبون
 فعلتهم كانت تضعف على نحو مضطرد مع بعد المكان الذي تقع فيه الجريمة ومع
 هذا البعد وضعف الاتصالات وتبعا عدم تأثر مجتمع الدولة على نحو
 محسوس — بمثل هذه الأفعال ، كل ذلك كان يقلل من خطورة الجريمة من
 حيث أساسها بأمن الدولة واستقرار مواطنيها ولم يكن من الميسور بسبب
 بدائية وسائل النقل والاتصال — أن تبطش الدولة بقرصان يجوب المحيطات
 حيث لا رهبة للدولة ولا سلطان . فلا عجب أن نجد بعض الدول الغربية —
 وإلى قرون غير بعيدة — كانت تهادن هؤلاء القراصنة وتتقاسم الغنائم معهم
 بدلا من أن ترهق ذاتها بمحاربتهم فتخسر دون جدوى . ولذا نقرأ في التاريخ
 الدبلوماسي أن كثيرا من الدول كانت تمنح براءات لبعض القراصنة تبارك بها
 عدوانهم وتتقاضى مقابل ذلك حصة من أسلابهم . وفي مثل هذه الظروف

يكون العفو والتوبة التي جاءت بها الآية الكريمة أكثر فعالية من التهديد بالعقاب وأقرب إلى تشجيع اخارب عن الإفلاخ عن جرائمه . فلما سخرت التقانة الحديثة للدول وسائل الاتصال ويسرت سبل الانتقال وأصبح العالم بفضل الرادار واللاسلكى بل والإلكترون — كانه علبة صغيرة تدار وتوفرت لدى الدول بذلك القدرة على أن تسيطر على البحار من أقصاها إلى اقصاها ولم تعد هناك أداة من أدوات الانتقال بمنأى عن بطش الدولة وهيمنتها ولا فرق كبير في تحقيق ذلك بين واسطة نقل تعمل في أقصى الأرض وواسطة نقل تعمل في إقليم الدولة . إن هذا التقدم العلمى المبدع وذلك الواقع الدولى المذهل الذى لم يكن فى رؤى فقهاء القرون الأولى . للهجرة هو الخلفية التى يجب أن نستند إليها ونحن نفسير مفهوم « القدرة » فى الآية الكريمة إذا نحن سائرنا الرأى الذى ينسب آية التوبة إلى العقوبة بالنسبة للمحاربين لأن القدرة هى الطاقة والقوة على الشئ والتمكن منه . وتبعاً فإن القدرة أصبحت اليوم ممكنة بالنسبة لقطاع الطريق أياً كان مكان ارتكاب الجريمة . ومن ثم فإنه ليس متصوراً فى عصر التقانة الحديثة أن يتوب محارب وتثبت توبته قبل أن تقدر عليه دولته أو دولة غير دولته . أما ما كان قد أصبح التوبة قبل فرضها خيالاً فقد سقطت التفرقة بين توبة المسلم وتوبة الكافر ولم يعد هناك محل لأن نناقش مفهوم التوبة أساساً بعد أن تخلفت شروط تطبيقها حتى على قول من يرون أن آية التوبة عائدة إلى آية الحاربة . والامر كذلك بالنسبة لما يرتكب من جرائم فى أية بقعة من اليابسة أو أية منطقة من النطاق الجوى أو البحرى . فما بال الأمر وهناك اتجاهات ترى فى آية التوبة رأياً آخر :

- ١ — فهناك رأى بأن الآية نزلت فى أهل الكتاب الذين نقضوا العهد وأخافوا السبيل وأفسدوا فى الأرض فخير الله نبيه فيهم .
- ٢ — ورأى آخر بأنها نزلت فى عكّل وعُرنّيه قدم منهم نفر على رسول الله ﷺ المدينة وتكلموا بالإسلام فأمر لهم الرسول بزؤد ورايع وأمرهم أن يخرجوا فيه فانطلقوا حتى إذا كانوا بناحية الحرة بكفروا بعد إسلامهم وقتلوا راعى النبى ﷺ واستاقوا الزود فبلغ ذلك النبى فبعث فى إثرهم

فأمر بهم فسملوا أعينهم وقطعوا أيديهم وتركوا في ناحية الحرة حتى ماتوا .

والقائلون بهذا يذهب فريق منهم إلى أن الآية نزلت في شأنهم ويذهب فريق آخر إلى أنها جاءت ناسخة لما فعل بهم (ابن العرى — احكام القرآن ، تحقيق محمد على البجاوى ، القاهرة ، ١٣٧٦ هـ — ١٩٥٧ م ، ص ٥١١ — ٦٠١) .

واذن فنحن بين أن نعتد القول الأول وننتهى فيه إلى أنه لم يعد هناك مجال لتطبيق قاعدة العفو وإما أن ننتهى إلى الأقوال التى تفصل بين آية التوبة وآية الحراة ومن ثم فلا يكون هناك مجال لتطبيقها على المحاربين . وإذن فالمحاربون فى الحالين ليسوا بمنجاة من العقوبة .

هذا عن التوبة أما عن تقادم الجريمة وسقوطها ففى ذلك تفصيل أحيل فيه إلى مراجعه (انظر على سبيل المثال عوض محمد عوض — تقادم الحدود فى التشريع الليبى) .

الفصل الثالث

فى

قانون الفضاء

تعريف وتحديد : الفضاء الجوى والفضاء الكونى فى النظرية المعاصرة :

لم يستقطب انجال الجوى اهتمام الفقه الأولى إلا بعد أن تبدت خطورته العسكرية على الدول إثر استخدام البالون فى الحرب الفرنسية الروسية . فقد كان جمهور الفقهاء — إلى ذلك الرقت — على أن الهواء حر وليس لأى دولة حق ابتكاره . فلما استشعرت الدول أهمية المجال الجوى على أنها بدأت قضية وضع نظام قانونى يحكم النطاق الجوى تشغل بال الدول ، وازداد الحماس لذلك بعد أن تمكن بلريو Blériot من عبور المانش سنة ١٩١٠ ، فانخرطت فى مؤتمر عقد بباريس فى العام ذاته ولكنه لم يسفر عن اتفاق وظل الأمر على هذا الحال إلى سنة ١٩١٩ عندما وقع أول وفاق دولى بشأن الملاحة الجوية . ولكن تطور النقل الجوى تخطى احتمالات ذلك الوفاق مما دعى إلى عقد مؤتمر بشيكاغو فى نهاية سنة ١٩٤٢ ، وأسفر بعد عامين عن وفاق عرف باسم المدينة (شيكاغو) . هذا إلى جانب المعاهدات الثنائية والإقليمية التى انتشر أمرها .

وقد بدأ الفقهاء دراساتهم لمشاكل المجال الجوى مستأنسين بقانون البحر ، إذ كانت انطباعاتهم الأولى هى أن الجو — قياسا على البحر — يجب أن يكون حرا بعد ارتفاع معين — قدر بألف وخمسمائة متر على نمط البحر الساحلى . ولكن نظرية المجال الجوى الإقليمى لم تلق تأييد الكثيرين . بيد أن الآراء — على اختلافها — كانت تدور حول فكرة مشتركة هى تبعية الفضاء للاقليمين البرى والبحرى للدولة ، ومن ثم فإن التصرف فى إقليم الدولة يتضمن التصرف فى عناصره الثلاثة : البر والبحر والجو .

ويمكن إستنادا إلى وفاق شيكاغو أن نقول إن الحدود الأفقية للنطاق الجوى ليست محل خلاف جدى لأن الوفاق يقرر سيادة كاملة خالصة للدولة على النطاق الجوى الذى يعلو إقليمها . أما المدى الرأسى للنطاق الجوى فهو لا زال محل خلاف ، وقد تعددت فيه النظريات . ويمكن أن أخص تلك النظريات فيما يلى :-

١- نظرية الارتفاع الانفرادى فى السماء ، ومؤداها أن للدولة أن تمارس سيادة خالصة على النطاق الجوى الذى يعلو إقليمها إلى مالا نهاية ، أى إلى ارتفاع غير محدود ، وبدهى أن هذا الحق الاستثنائى يجب أن يمارس بحسن نية إذ لا يجوز أن تغلق إقليمها الجوى دون المجالات الاضطرارية ، كاضطرار الطائرة الأجنبية لأن تمر فى الإقليم الجوى للدولة أو أن تنهبط عنوة فى إقليمها .

يبد أن هذه النظرية قد تخدم أمن الدولة ولكنها لا تخدم التطور السلمى للملاحة الجوية فى تعزيز المصالح المشتركة الاقتصادية والتجارية والسياحية . ومع ذلك فقد كتبت الغلبة لتلك النظرية لا سيما وأن عبارة وفاق باريس وشيكاغو توحى بأن حق الدولة يمتد إلى السماء دون تحديد .

٢ - الحرية المطلقة للفضاء الجوى ، وهذه النظرية تقابل وتعارض النظرية السالفة ولكنها لم تعد تلقى قبولا كثيرا بعد أن أحست الجماعة الدولية بخطورة فتح الأجواء الوطنية للطيران الأجنبى دون قيد أو شرط .

٣ - سيادة الدولة إلى ارتفاع معين يكون النطاق الجوى بعده حرا ، على أن يكون للدولة المعنية حق تنظيم مرور الطائرات فى هذا الجزء الحر .

ولكن الاتجاهات الفقهية فى تحديد المدى الرأسى للفضاء الجوى اِهتزت تحت وطأة أبحاث الفضاء الكونى وماتمارسه الدول اليوم فيه ، لا سيما فيما يتعلق بتحديد المدى الخارجى للفضاء الجوى والاستقرار على أن يكون الفضاء الكونى مباحا للجميع وتقرير حق متساو للدول فى كشفه . والحق أن رسم الحدود الجوية الرأسية للدولة ليس بالسهولة التى يمكن أن ترسم بها حدوده

البحرية ، ذلك أن تقسيم الفضاء يثير جدلا كبيرا . ويمكن أن أصنف الآراء في هذا المجال في اتجاهين : (١) اتجاه يحدد القسمين — الجوى والكونى — بمفهوم فنى فيعتبر أن الغلاف الجوى atmosphère هو الذى يحدد النطاق الجوى .. والغلاف الجوى تعبير يشير إلى ذلك الجزء من الفضاء الذى يعلو الأرض مباشرة ويكون مليئا بالهواء — (٢) — واتجاه يحدد القسمين تحديدا غائيا فيحصر الإقليم الجوى للدولة فى الارتفاع الذى يحتوى من الهواء كفاية قادرة على حمل سفن الهواء ، وتختلف تقديرات اصحاب هذا الاتجاه فى تحديد مدى الارتفاع فال بعض يصل فيه إلى ٢٥ ك م والبعض يزيد إلى ٨٣ ك م ، وهكذا ... والفكرة عندهم هى تقسيم الفضاء إلى طبقات صالحة للملاحة الجوية وطبقات غير صالحة للملاحة الجوية . ويدلو أن الراجح هو أن ماتجاوز ١١٠٠ ك م يعتبر من الفضاء الكونى ..

ومن ثم فإن نشاط البشرية الذى امتد إلى الفضاء الكونى جعل من المتعذر ونحن نعالج اليوم أحكام قسمين من الفضاء — الجوى والكونى — أن تؤسس قانون الفضاء على الخصائص الطبيعية لطبقات الهواء . ومن هنا كان لابد من أن تتقابل الاتجاهات الدولية لتوفق بين مانريده للفضاء الكونى من حرية تفتحه للجميع وكأنه فى حكم المال المباح استخدامه وبين فرض سيادة للدولة على الفضاء الجوى تجعله عنصرا من عناصر إقليم الدولة ، وذلك سعيا وراء خدمة الإنسانية بما يحقق الخير للجماعة الدولية . وفى محاولة التنسيق هذه قد لا يكون من المحبذ أن نتخذ من قانون البحر مقياسا يقاس على أحكامه لاسيما وأن أحدا لا يستطيع أن يحدد على وجه الدقة الحدود الرأسية بين ظاهرتى الفضاء الجوى والفضاء الكونى فقد فشلت الاتجاهات التى أسلفتها فى وضع معيار معقول للفصل بين الفضاء الجوى والفضاء الكونى .

إننا إذ ن يجب أن ننظر إلى الفضاء على أنه وحدة واحدة وأن نربط قانون الفضاء بنشاط سفن الفضاء سواء كانت سفنا تطير فى الفضاء الجوى أم مركبات تسبح فى الفضاء الكونى . وأن نفهم حرية الفضاء الكونى وسيادة

الدولة على الفضاء الجوي' على أنها حرية غائية وسيادة غائية تضع في اعتبارها المصالح الوطنية للدول ولكنها لا تمنع من الإقرار بحق المرور البرى للدول الغير — ذلك أن الحرية الغائية تستهدف تحقيق غاية معينة شأنها شأن السيادة الغائية أى أن الغائية لا تقتصر على الفضاء الجوي وإنما تنطبق كذلك على الفضاء الكونى . وعندئذ يمكن أن نقيم قانون الفضاء على مبدأين أساسيين :

١ — حق كل دولة فى أن تصل إلى الفضاء — جويًا كان أم كونيًا .

٢ — حق كل دولة فى أن تدافع عن ذاتها .

الأحكام الخاصة بالطائرات فى النظرية الدولية المعاصرة :

ينقسم الهواء فى تصوره الأفقى — من حيث الأحكام القانونية — إلى قسمين رئيسيين : قسم يخضع لقاعدة الحرية ويشمل الغلاف الذى يعلو المساحات البحرية عدا البحر الساحلى والمياه الداخلية — ولكن القول بأن هذه المساحات تخضع لقاعدة الحرية لا يعنى أنها بعيدة عن التنظيم القانونى فقد وضع اتفاق شيكاغو قواعد تنظم الملاحة فى تلك المساحات كما أنه أخضع استخداماتها للأحكام الخاصة بمنع التلوث أما ما يحصل على متن الطائرة اثناء عبورها لتلك الأجواء فيخضع لقانون الدولة التى سجلت بها الطائرة .

وقسم يخضع لسيادة الدولة ، وهو ما يعلو إقليمها البرى والمساحات البحرية التى تضم المياه الوطنية (الداخلية والساحلية) . وهذا هو القسم الذى أعنيه عند الكلام عن الأحكام الخاصة بالطائرات .

تركزت مناقشات مؤتمر شيكاغو على الاستحصال من الدول على موافقتها بمنح حريات فى الجو عرفت باسم الحريات الخمس ، ونظرا لأن بعض تلك الحريات لم يحظ بحماس المؤتمر فقد اضطر المؤتمر إلى صياغة اتفاقيتين :

١ — الوفاق الدولى الخاص بخدمات العبور المؤقت (الترانسيت) ويحتوى على حريتى الطيران دون الهبوط والهبوط لأغراض غير تجارية ، وهاتان الحريتان كانتا محل قبول شبه إجماعى ولذلك وقعت عليه معظم الدول . ويحق للدولة — فى

حدود أحكام الاتفاقية — أن تحدد للطائرات الطريق الذي تتبعه وانضارات التي يجوز لها استخدامها . وقد وضع منتظم الطيران الدولي تنظيما يحكم ذلك النطاق الجوي . واذكر هنا م ١٢ من وفاق شيكاغو وتنص على أن القواعد التي تطبق على الطيران ومسارات الطيران في البحر العالي هي القواعد التي استقرت بالمطابقة لذلك اليرفاق .

خطف الطائرات : الغرب : وهن على وهن .

لا جدل في أن الطائرة أصبحت اليوم وسيلة من الوسائل الهامة للمواصلات وأداة لا غنى عنها لنقل الأشخاص والسلع . ومن ثم فإن الاجواء التي تتحمل تلك الطائرات غدت طريقا من طرق المواصلات شأنها شأن الطريق في البر والخرى في البحر . ولذا كان تأمين هذا الطريق هو من السوم التي ألفت على عاتق القانون الدولي لا سيما في السرات الأخيرة بمد أن بدأت ذامهرة اختطاف الطائرات تكرر في المياد الدولية . وعلى الرغم من المعانة التي تكابدها الجماعة الدولية من هذا الاختطاف ووقائع الارهاب التي تواكب هذه الظاهرة فإن الجماعة الدولية لازالت متقاعسة عن تدبيج اتفاق جماعى يحاربها بحاربة فعالة . وقد بدأت الجماعة الدولية جهودها في هذا السبيل بمحاولة متواضعة سجلها وفاق طوكيو سنة ١٩٦٢ في مادته ١١ التي تنص على أنه « إذا استخدم شخص ما ، وهو على متن طائرة في حالة طيران ، العنف أو هدد باستخدامه بطريقة غير مشروعة لعرقلة الطائرة ، أو للاستيلاء عليها ، أو لممارسة الرقابة عليها ، أو إذا كان على وشك القيام بمثل هذا العمل ، فإن الدول المتعاقدة تتخذ كافة التدابير اللازمة لإعادة أو ابقاء الرقابة على الطائرة لقائدها الشرعى » . وقد أبرمت اتفاقية أخرى في لاهى في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٧١ بشأن محاربة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات وأتبع باتفاقية مونتريال هذا فضلا على القرارات التي صدرت عن الجمعية العمومية للأمم المتحدة وعن مجلس الأمن وكذا النشاط الذى يقوم به منتظم الطيران المدنى الدولي وبعض المنظمات الإقليمية مثل مجلس اوروبا ومنتظم الوحدة

الأمريكية .. ويطول بي المقام لو أننى أردت أن افصل أحكام تلك الوفاقات والقرارات ، وتلك إفاضة تخرج عن غاية السفر لأنه لا يستهدف دراسة الفكر الغربى دراسة مستطيلة وإنما يتغيا أساسا عرض المفاهيم الإسلامية . ولذا أكتفى هنا بالقول بأننا نستطيع — على هدى مما ألمحت اليه من وثائق — أن نتصور أن هناك مبادئ عامة تحكم اختطاف الطائرات وتتلخص فيما يلى :—

١ — يعتبر الاختطاف الذى يحصل أثناء الطيران جريمة من جرائم القانون الدولى .

٢ — يجب أن تتعاون الدول فى مكافحة ظاهرة الاختطاف وأن تقرر لها عقوبات فى تشريعاتها الداخلية .

٣ — تقوم الدولة التى هبط المختطفون على أرضها بتسليمهم للدولة المختصة بمحاكمتهم أو أن تجرى هى محاكمتهم أمام محاكمها .

إننى لا أستطيع أن أجزم بأن هذه الأحكام تمثل أعرافا دولية ولكنها ترسم على الأقل الاتجاه الغالب فى الممارسة الدولية . وقد يكون هذا هو الذى حدا بالدول إلى أن تفضل محاربة الاختطاف عن طريق التشريعات الداخلية بدلا من الوفاقات الدولية .

وحرى بالذكر أن اتفاقية مونتيجو للبحار جعلت أعمال العنف او الاحتجاز — التى يرتكبها لأغراض خاصة طاقم أو ركاب طائرة خاصة ضد طائرة اخرى هى من قبيل القرصنة .

خطف الطائرات : الإسلام ، حرابة عقوبتها فى القرآن :

قلت إن الفضاء اصبح اليوم طريقا للمواصلات شأنه شأن البحر واليابسة ومن ثم فإنه لازم لحماية الناس وأموالهم كما هو الحال بالنسبة لأمن الطريق عموما . ولذا فإن خطف الطائرات أو ممارسة الإرهاب ضد الركاب أو ماتحملة الطائرات من سلع يجعل من الفعل حرابة ومن الفاعلين محاربين . وهذا يدخل فى حكم الآية الكريمة «. إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى

ـ ربح فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقتل أيديهم وأرجلهم من خلاف أو
بشيء من الأرض ذلك بحري في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم » (السائدة /
٣٦) إن محتطى الطائرات إذا كانوا قد أنوا فعلتهم قهرا مجتمعة بقصد
انتصاب الطائرة بلا حق أو اغتصاب اموال المسافرين أو المطالعة بفدية أو
ما إلى ذلك من الأفعال فهم قطاع طريق مداموا قد عرضوا للناس بسلاح ولو
بعضا أو حجارة (أو حتى بالأيدي كما قدمت عند الكلام على القرصنة) .

وإذا كان الفقهاء القدامى قد قالوا إن الحراة تحصل في البحر كما تحصل في
البر ولم يتعرضوا للأفعال التي تجرى في الجو فما ذلك إلا لأن الجو لم يكن قد
أصبح بعد طريقا يقطع . ولكني أقيس على البر في تكييف جريمة اختطاف
الطائرة بأنها حراة تمثلا بالفقه التقليدي . فكما أن الفقه التقليدي انتهى إلى أن
الحراة يمكن أن تقع إذا كان المحارب قد قطع طريقا بحريا (راجع شرف الدين
موسى الحجاوى — الإقناع ، ج ٤ ، المطبعة المصرية ، ٢٨٧) فإن المنطق ذاته
ينهى إلى أن قطع الطريق الجوى يعتبر كذلك من قبيل الحراة ويعتبر اختطفون من
المحاربين لأنهم بهذا الاختطاف قد امتنعوا عن طاعة الإمام وخرجوا على قبضته .

بيد أن ما قدمته بشأن الحراة ينطبق على الفتناء الجوى فحسب أما الفضاء
الكونى فلما يصبح طريقا للمواصلات وتبعاً فإن قطعه لا يعتبر قطعاً للطريق في
مفهوم جريمة الحراة الإسلامية ولكن الفاعل يعتبر سارقاً أو صائلاً حسب
الأحوال ، والعقوبة هنا تختلف عن عقوبة الحراة .

ولما كنت قد قدمت الكلام في جريمة الحراة وناقشت أركانها والجزاء الذى
يوقع على مرتكبيها عند الكلام عن احكام القرصنة البحرية — فإلى أحيل هنا
إلى ما شرحت في موقعه من الدراسة المتعلقة بالبحر لا سيما وأن الاعتداء على
الطائرة التي تعبر الأجواء التي تعلو البحر الأوقيانوس يعتبر — في تعبير اتفاقية
مونتيجو — بمثابة جريمة قرصنة .

وكما أسلفت فإن اختطاف الطائرات الإجرامى يعد — كالقرصنة — جريمة
ضد الله ورسوله ومحاربة لهما ومن ثم فإنها تعد بذلك جريمة دولية تفرض على

كل دولة بأن تقاومها وتجعل الاختصاص بالعقاب عليها لأية دولة يقع المختطفون في قبضتها ويخضعون لاختصاصها .

وهكذا نجد أن النظرية الإسلامية قاطعة في محاربة جريمة اختطاف الطائرات وتضع لها عقوبات مشددة . وقد حددت لكل حالة من حالات الاختطاف عقوبتها ، وهي بذلك تسجل حسما وتقدما لازالت الجماعة الدولية الراهنة تفتقر إليه . ولذا أستطيع أن أقول إن جريمة اختطاف الطائرات هي من الموضوعات التي يمكن أن تتكامل فيها النظريتان — الإسلامية والغربية — عن طريق استعارة النظرة الغربية لتفاصيل أحكام جريمة الحراة . فهنا التكامل يتحقق عن طريق تصدير الأحكام الإسلامية لتطبيقها على العلاقات الدولية الراهنة .

النشاط اللاسلكي في الفضاء :

يشير عصر الفضاء إلى عهد أشبه مايكون بضرب الخيال في شعور الاتصالات والمواصلات . فهاهو الهاتف يجمع القاصي والداني قبل أن يرتد إلى أيهم طرفه ، وهذا هو الرائي ينقل الصورة من أقاصي الدنيا وكأن عفريتاً من الجن يحملها ، وناهيك بالأقمار الصناعية اللاسلكية تشد الأبصار وتبث في القفار والبحار ، ومع ظهورها ظهرت طرائق جديدة في التعاون الدولي إلى حد أن البعض يقترح إنشاء جامعة عالمية يتلقى طلابها في أرجاء المعمورة محاضراتهم عن طريق القمر الصناعي ، ويتوقع أن يصبح الرائي في القريب العاجل وزيرا يشد أزر صاحبه في الملمات وينهى له مايعرض من مشكلات ، ويوشك الهاتف أن يكون بعد أن يزود بالصورة سميرا يلتقى عنده الاصدقاء . وهكذا ، وإزاء الفوائد الجمة التي تجنيها الجماعة الدولية اليوم في مختلف الحقول — الثقافية والصناعية والتجارية — فإن التقانة اللاسلكية والالكترونية أصبحت تمثل رمزا من رموز الحضارة الراهنة وركيزة من ركائز براجم الرفاهة العالمية .

وقد قلت في مقدمة هذا الكتاب إن الإسلام يستحث المسلم على طلب العلم وألا يتوان في ذلك من المهد إلى اللحد وأن يسعى في طلبه ولو كان في

انصين . والإسلام عندما يوجه المسلم إلى العلم لا يريد أن يُحمل هذا العلم ثم لا يحمله كمثل الحمار يحمل أسفارا ولكنه يريد أن يرتفع به درجات « وفوق كل ذى علم عليم » (يوسف / ٧٦) ، « يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات » (المجادلة / ١١) .

ولذلك فإن من دعوات المسلم المحببة أن يزيده الله علما « وقل رب زدني علما » (طه / ١١٤) .

ومن ثم فإن متابعة هذا النشاط اللاسلكى ومسايرة التقدم فى مجال الالكترونيات أصبح فرضا على المسلم ولكن فيما يتسق وأحكام الدين من استخدامات ومالا يخرج عن إطار الخيفية من مهمات .

أما والأمر على ما قدمت فإن اشتراك الدول الإسلامية فى هذا النشاط وتقبلها لما تضعه الجماعة الدولية من قواعد لضمان النفع العام وتأمين عدم الإضرار بمصالح الدول هو ماتقبله النظرية الإسلامية وتؤكدده . ولذا فإنى أحى فى هذا المجال — وعلى سبيل المثال — المؤسسة العربية للاتصالات الفضائية التى تتخذ مدينة الرياض مقرا لها وتضم الكويت وقطر والسعودية وليبيا وسوريا والجزائر ودولة الامارات العربية المتحدة ، والبرنامج الذى وضعته لإنشاء نظام اتصالات فضائية خاص بالدول الأعضاء . كما أحى أيضا القمر الصناعى السعودى الذى أنشأته المملكة العربية السعودية لتغطية مساحتها الشاسعة بالث الرأى المباشر . وإذا كان هذا هو حكم الإسلام فإن النظرية الإسلامية لابد أن تحمى النشاط اللاسلكى المشروع بالسماح مثلا — طبقا لتنظيم علمى سليم — بأن يعبر البث الإذاعى فضاء الدول الغير وتحريم التشويش عليه مالم يكن يتضمن ما يخل بالقيم والآداب الإسلامية . وتيجز أن تدور الأطباق الطائرة والأقمار الصناعية فى أفلاك الدول الغير مادام أنها لا تسبب ضررا للغير أو تخالف نهجا إسلاميا . ولذا أقول هنا إن النظرية الغربية — فى حدود ما لا يخل بالأصول الإسلامية — تتكامل مع النظرية الإسلامية فى هذه المجالات .

القمر والكواكب الأخرى :

يثير غزو القمر والكواكب الأخرى تساؤلات افتراضية تبتدعها احتمالات ذهنية يثيرها الفقه الدولي المعاصر . فلو افترضنا مثلاً أن هناك سكاناً على بعض هذه الكواكب فأى قانون ينظم علاقتهم بسكان كوكبنا ؟ وإن كان هناك من الكواكب ما يصلح لسكنى البشر فما هو القانون الذى ينظم شئون ذلك النفر من الناس الذين قد يجدون انفسهم على كوكب آخر غير كوكبهم ؟ .

إن غزو القمر وغيره من الكواكب قد يعتبر دعوة إلى الهجرة خارج الكرة الأرضية ، ذلك أنه مع تقدم العلم فإن الأمر قد يصل إلى حد يفضل معه بعض الناس الحياة فى القمر أو غيره من الكواكب التى قد تكشف . وليس بمستبعد أن تسفر أبحاث الفضاء عن التقاء سكان الأرض بسكان كواكب أخرى لهم حضارتهم ووسائل معيشتهم وقوانينهم . ولكن هذه كلها أفكار تتعاشق بلا شك فى هذه المرحلة الراهنة مع الخيال ، ولذا لا تستأهل منا اليوم أكثر من الإشارة دون أن نرهق أنفسنا فى محاولة البحث عن حلول قانونية لأن تكييف فلسفة القوانين التى تجيب عن تساؤلاتنا تلك يعتبر — فى وضعنا القائم — سابقاً للأوان .

يبد أن هذا لا ينفى أن الإنسان قد ارتاد القمر ووصل إلى كواكب أخرى وأنه دؤوب على الإبقاء على صلاته بتلك الأجرام ويحاول أن يترجم رحلاته واتصالاته فى الفضاء الكونى بما يعود على البشرية بالخير ويكشف مغاليق أسرار فلكية وجغرافية لازالت لغزاً يحيط به الغموض . ولذا فإن القاعدة التى استقرت اليوم هى اعتبار الأجرام السماوية من قبيل الأقاليم المشتركة للجماعة الدولية ، واستبعاد حق أية دولة فى أن تدعى سيادة على جرم من تلك الأجرام أو أن تحتكر الانتفاع به — وذلك الذى انتهت اليه البشرية اليوم يتفق مع ما جاء به القرآن الكريم فى خصوص تلك الأجرام طبقاً للمفهوم الذى استنبطه من آياته المباركة . يقول تعالى « وسخر لكم الشمس والقمر دائبين » (ابراهيم / ٣٣) . ويقول عز وجل « وسخر لكم الليل والنهار والشمس والقمر » (النمل

(١٠) . وهاتان الآيتان خاصتان بالقمر . أما الكواكب الأخرى فتدخل —
 فبما أرى — في قوله سبحانه « ألم تروا أن الله سخر لكم مافى السماوات
 والأرض » (لقمان / ٢٠) . وفي قوله تبارك « وسخر لكم مافى السماوات
 والأرض جميعا » (الجاثية / ١٣) . ويمكن أن أضيف إليها قول العزيز الحكيم
 « والشمس والقمر والنجوم مسخرات بأمره » (الأعراف / ٥٤) . وبدهى
 عندى أن الكواكب تدخل من هذه الآيات في مدلول قوله عز من قائل « مافى
 السماوات » . وتبعا فإن أمر التسخير هنا ينصرف إلى الكواكب كما ينصرف
 إلى غيرها من الظواهر التى تنطوى عليها السماوات . ثم إن التسخير يعنى
 التهيئة للمنفعة العامة والتمهيد للاستفادة .

وهكذا فإن التجارب التى تمارسها الدول اليوم لاستجلاء غوامض القمر
 والشمس والنجوم والكواكب الأخرى هى مما تحبزه النظرية الإسلامية لأنها
 وسيلة الإنسان لكى يفيد من أمر الله بتسخيرها للإنسان . والآيات واضحة فى
 أن الله لم يفتن قوما دون آخرين بتسخير الشمس والقمر والنجوم . ومادام أن
 غزو القمر والكواكب هو مما يستجيب للحكمة الإلهية ويتسق مع مدلول
 الآيات القرآنية فبدهى أن تفرض عليه النظرية الإسلامية حمايتها وأن تنظر إلى
 كل نشاط متعلق به ويستهدف به خير البشرية على أنه نشاط يمارس فى إقليم
 مشترك لصالح مشترك . فلا غرو إذن إذا قلت إن مفهوم إشارة هذه الآيات
 يركى وصف رواد الفضاء الكونى بأنهم سفراء للبشرية ، ويؤيد الأحكام التى
 اقترتها الجماعة الدولية لحماية مركبات الفضاء ورواد الفضاء . فإن اسفرت
 تلك الجهود عن جديد أو كشفت عن غيب ليس معلوما مما يدور فى خيال
 المتحمسين فعندئذ يفتتح المجال أمام الاجتهاد الفقهي لدراسة مااستجد والإفتاء
 فيه بما يتفق والأصول الإسلامية .

كلمة فى الفضاء الكونى :

بقيت كلمة فى الفضاء الكونى حيث يتعذر حتى الآن. — إلى جانب صعوبة
 تحديد متى يبدأ ذلك الفضاء — أن تحتازه الدول. ثم إن الفضاء الكونى الذى

يعلو كل دولة ليس ثابتا بسبب دوران الأرض . وإن لم ينصرف هذا إلى الكواكب فهي يمكن أن تكون محل حيازة إذا كانت ظروف الحياة عليها ملائمة . بيد أن كسب هذه الأجرام لا يخضع للقواعد ذاتها التي تكلمنا عنها عند دراسة أسباب كسب الإقليم البرى وتلك النقطة لم تلق عناية كافية من حيث الدراسة .

ولا تغنى قاعدة الملك المشترك في وصف الفضاء الكونى نظرا للصعاب الجمة التي تثيرها عملا . ولذا فقد يكون الرأى هو اعتباره مجالا مباحا في معنى خاص هو أن لكل دولة حرية قانونية في استخدامه شريطة احترام قواعد القانون الدولى . وأقول حرية قانونية لأنها حرية تتوقف على إمكانات كل دولة وتعنى أساسا حرية الكشف والمراقبة لأغراض علمية وحرية إطلاق الأقمار الصناعية التي تقوم بالبحث والمراقبة واعتبار الرواد سفراء للبشرية ومعاهدة أخرى سنة ١٩٧٥ بشأن الأجرام الكونية تتطلب أن ينسب الجرم لدولة ما حتى تكون مسئولة عنه . وربما تعنى في المستقبل حرية استثمار الأجرام السماوية . كما أبرمت معاهدة سنة ١٩٦٨ تتعلق بمعونة وإعادة رواد مركبات الفضاء سالىن إلى دولهم . وقد تبنت الجمعية العمومية للأمم المتحدة قرارا في أواخر سنة ١٩٦١ بشأن الاستخدام السلمى للفضاء الكونى ووافقت سنة ١٩٦٦ على مشروع اتفاقية تتعلق بالمبادئ التي تحكم نشاط الدول في كشف واستخدام الفضاء الكونى بما في ذلك القمر والأجرام السماوية . وقد وقعت الاتفاقية سنة ١٩٦٧ وتقرر أن ذلك النشاط يجب أن يكون من أجل صالح وخير الدول جميعا ، وتفتح الكشف والاستخدام للدول جميعا دون تمييز وتلزم الدول بالحرص على ألا يضر نشاطها بالبيئة وأن تتشاور بشأن ذلك النشاط ، وتحرم ادعاء سيادة على الفضاء الكونى أو الأجرام السماوية أو وضع أسلحة ذرية أو أسلحة دمار فيه وتجرد الأجرام السماوية كلية من السلاح .

الفضاء الجوى والكونى في النظرية الإسلامية :

يشهد التاريخ بأن العرب كانوا أصحاب السبق في ارتياد الفضاء فقد كان

عيسى بن فرباس سنة ٢٧٥ هـ (٨٨٨ م) أول إنسان طار بجناحين نحو السماء وإن كان قد دفع حياته ثمناً لتجربته ، بيد أن العرب لم يواصلوا تلك البريادة وتخلّفوا عن الركب وخلت مكنتهم من دراسات أو معاهدات في قانون الفضاء . ولم يبق في هذا الحقل سوى الارتباط بعهود ومتابعة جهود من صناعة الغرب .

وأيا كان الأمر فإن من ينعم النظر في آيات الذكر الحكيم ينتهي — في مفهومي — إلى أن النظرية الإسلامية تعرف الفضاء بقسميه الجوى والكوني — على أنه قطاع متكامل وإقليم متصل . ويمكن أن نستنبط ذلك المعنى من قوله عز وجل « الله الذي خلق السموات والأرض وما بينهما » (السجدة / ٤) . فالآية واضحة في أن إرادة الله في خلق الكون الذي نعيش فيه شئت أن يتصل ما بين السموات والأرض وأن يكون خلق ما بينهما متصلاً بخلقهما ورباطاً بينهما . وفي قول آخر فإن الفضاء الذي يفصل ما بين السموات والأرض — أي الفضاء الجوى والكوني — هو جزء متصل من كوكبنا وظاهرة متكاملة من عالمنا . ولذا فإن ما قدمته من أن قانون الفضاء لابد أن يتكامل على نحو يعالج فيه الفضاء الجوى والفضاء الكوني على أنهما ظاهرتان متكاملتان ومن ثم فإن القانون الذي يحكمهما لابد أن ينطلق من هذا التصور القرآني الشامل للظاهرتين والجامع لهما في مسمى « ما بينهما » .

والواقع أن هذا الترابط والتكامل يرجع إلى الظاهرتين — الهواء والكون — منطلقاً عن مفهوم واحد وهو الفراغ ولذا فإن القرآن الكريم يضرب بالهواء المثل للشيء الفارغ كقوله سبحانه « لا يرتد إليهم طرفهم وأفئدتهم هواء » (ابراهيم / ٤٣) . فالوصف هنا يدل على أن لفظة « هواء » عدل لللفظة « فراغ » .

ومن ثم فإني لا أجد مشقة — على خلاف الحال في النظرية المعاصرة — في أن أقول إن النظرية الإسلامية تستحيب لما قدمت عاليه بشأن قانون الفضاء من أن يكون قانوناً موحداً يعالج الظاهرتين معالجة متكاملة ، وهذا يتفق مع ما اقترحه بالنسبة لما يجب أن تسير عليه النظرية المعاصرة .

ومعلوم أن كتف الإنسان للفضاء الكوني لم يتحت إلا في السنوات القلائل الأخيرة ، فدعى إذن أن الفقه الإسلامي التقليدي قد نبت متسككة حق العلو في إطار المعرفة الإنسانية المحدودة وقتئذ ، ولذا فإننا يجب أن نتفهم الآراء الإسلامية الكلاسيكية على هدى من تلك الحقيقة ، ثم إن الفقه — كعاداته — كان يناقش القضايا والمشكلات في إطار الدولة وفي نطاق قانونها الوطني ، وتلك حقيقة أخرى يجب أن تؤخذ في الحسبان عند تقويم آراء السلف في هذا الخصوص . بيد أن واقع كشف الإنسان للفضاء الكوني ليس غريبا على النظرية الإسلامية لأن القرآن الكريم قد تنبأ بها في قوله تعالى « يامعشر الجن والإنس إن استطعتم أن تنفذوا من أقطار السموات والأرض فانفذوا لاتنفذون إلا بسلطان » (الرحمن / ٣٣) . والسلطان هو العلم ، والعلم علم الله يؤتيه من يشاء ، « لا يخطون بشيء من علمه إلا بما شاء » . وإذن فالنفاذ إلى خارج الأقطار رهن بالكشف العلمي الذي لا يكشفه الله لعباده إلا عندما يشاء . وقد شئت إرادته العليا أن تكشفه في هذه الأيام . والنفاذ من هذه الأقطار لا يكون إلا للفضاء الكوني أولا لأن القطر هو ما يحيط بالدائرة وتبعها هو الفضاء الجوى المحيط بالأرض والفضاء الكوني وهو فضاء قاصر على المجرة الشمسية التي نعيش في جاذبيتها لأن ما يتعدى ذلك يصدق عليه قول المولى عز وجل « وقد جعلنا في السماء بروجا وحفظناها من كل شيطان رجيم إلا من استرق السمع فأتبعه شهاب مبين » (الحجر / ١٦ — ١٨) . فإذا انتقلت من الذكر الحكيم إلى الفقه القديم نجد أن الفقهاء قد عالجوا القضية بصورة غير مباشرة في معرض الكلام عن حق العلو .

لقد اختلف الفقهاء المسلمون في هل يعتبر العلو تبعا للملكية الأرض أم لا ؟ فذهب الحنفية إلى أن العلو ملك لصاحب الأرض فله أن يعلو بينائه إلى ما يشاء .

وقال صاحب الدر المختار إذا حلف لا يدخل الدار فوقف على سطحها حنث ، أي أن علو الدار جزء منها وأن لفظة « الدار » تشمل الدار وعلوها .

أما المملكية فقد أجازوا للمالك أن يرتفع كما يشاء شريطة ألا يضر بالغير ،
فهم هنا يأخذون بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » .

وقال القرافي — وهو أيضا من المملكية — إن مالك الأرض يملك الهواء إلى
عنان السماء .

وإذا أردت أن اترجم هذه الآراء بلغة القانون الدولى أقول إن النظرية
الإسلامية تتنازعها اتجاهات ثلاثة فى شأن تحديد القاعدة العامة فى قانون
الفضاء :

أ — فهناك اتجاه الحنفية الذى يسند من يذهبون إلى أن للدولة سيادة كاملة
على الفضاء الجوى لأن هذا الفضاء هو علو اليابسة ، أى الأرض التى تمارس
الدولة سيادتها عليه . ومن ثم فإن للدولة أن تغلق إقليمها الجوى فى وجه من
تشاء ولا يقع عليها التزام قانونى بفتحه لأنها تستطيع أن تعلق فيه كما تشاء دون
أن يكون لدولة أخرى أن تعترض على ذلك .

ب — وهناك اتجاه المملكية الذى يؤيد من يذهب إلى سيادة الدولة على
فضائها الجوى مقيدة بما للدول الأخرى من حقوق مشروعة . وتبعا فإن الدولة
لا تستطيع إغلاق أجوائها فى وجه الملاحة الجوية الدولية اللازمة لتناول
المصالح الاقتصادية والتجارية بما يعود على الجماعة الدولية والصالح العام الدولى
بالخير والبركة . وفى قول آخر فإن رأى المملكية يعنى — على المستوى
الدولى — تقييد وتعزيز إبرام المعاهدات بين الدول لتنظيم الملاحة الجوية بما يرفع
عنها فى علاقاتها المتبادلة أن تصاب بضرر أو أن تصيب الغير بضرر .

ج — أما اتجاه القرافي فمؤداه أن الدولة تملك ممارسة سيادة لانهاية على فضائها
الجوى والكونى لأن حقها فى العلو يصل إلى عنان السماء . طبيعى أن القرافي لم
يكن على علم — عندما قال بما قال — بأن هناك فضاء جوى وفضاء كونى وتبعا
فإنه لم يقصد بحق المالك فى أن يصل بعلوه إلى عنان السماء أن هذا ممكن فعلا
وإنما قصد بمبالغته هذه أن يقطع دابر الخلاف حول تحديد المدى الذى يمكن أن

يصل إليه المالك بحوره وما كان له أن يعنى مدق حريف إذ كيف كن يتسنى في وقته لماك أن يصل بارتفاعه إلى عنان السماء ، بل إن هذه الاستحالة لازالت قائمة حتى عثرنا هذا وقد اشار القرآن إلى هذه القضية في قوله سبحانه وتعالى « حفظا من كل شيطان مارد لا يسمعون إلى الملائ الأعلی ويقذفون من كل جانب إلا من خطف الخطفة فأتبعه شهاب ثاقب » (الصافات / ٧ — ١٠) .

بيد أنه على الرغم من ذلك فإن القرافي ذهب مذهبا يزكى وصول الدولة بسيادتها إلى مايعلو إقليمها من فضاء بشقيه — الهوائى والكونى — ولا حدل عندى في أد قول القرافي هو أكثر الآراء اتساقا مع الرأى الذى احبذه وهو تكامل الفضاء تكاملا يستحب معه أن يحكم الفضاء قانون واحد متكامل فيه الأحكام كذلك بالنسبة لشقى الفضاء . ثم إن قول القرافي هو أقرب الآراء الفقهية التقليدية إلى حاجات العصر .

وجلى أد الأخذ نأى من الاتجاهين الأولين يتطلب تحديد مدى الفضاء الجوى وأين يبدأ الفضاء الكونى ، وتلك مشكلة علمية . لذا فإنى أرى أن النظرية الإسلامية لا تجد غضاضة في أن تأخذ في تعريف نطاق ومدى كل من شطرى الفضاء بما تنتهى إليه البحوث العلمية المعتمدة . أما الأخذ بالاتجاه الثالث فيعطينا من تحرى الحدود الفاصلة بين الفضاء الجوى والفضاء الكونى لأن القسمين متداخلان من حيث الأحكام .

بيد أن الأخذ بقول القرافي — وهو مالكى — لايعنى أننا نبعد عن رأى المالكية لأن المالكية لم يقيدو حق العلية بارتفاع معين وإنما قيدوه بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » . ومن ثم فإن رأى المالكية إذا جمعناهم وفيهم القرافي ينتهى إلى أن حق الارتفاع بالعلو إلى عنان السماء مقيد بألا يكون فيه ضرر أو ضرار . ولذا فإنى — متابعة لاتجاه المالكية — أحجد القول بأن النظرية الإسلامية تؤيد حق الدولة في أن تمارس سيادتها على فضائها — الجوى والكونى — إلى اقصى ارتفاع تستطيع الوصول إليه بتلك السيادة ولكن ممارستها لسيادتها مقيد بألا تضر بالدول الغير .

ومن ثم فإن رأى المالكية في الصورة التي اعتمدها يبشر بتوافر حق المرور البريء في النطاق الجوي الأجنبي . وعندما أقول حق المرور أقصد حقاً موصوفاً أى لأبد أن يتوافر فيه وصف البراءة لأن هذا هو الذى يمنع الضرر عن الدولة صاحبة النطاق الجوي والإضرار بالدولة صاحبة السفينة الجوية العابرة . وتبعاً فإن الدولة صاحبة الإقليم الجوي تملك أن تمنع المرور في أجوائها إذا كان غير برىء كأن تترتب عليه مثلاً هزات عنيفة أو تغيير مغل بحرارة الجو ، شأن مرور طائرات الكونكورد . والحق أن المرء لا يملك إلا أن يبدى إعجابه بالنظرة البعيدة المتعمقة التي اتسم بها الفقه الإسلامى في مناقشة حق العلو والتي تفوق فيها — بلا مرء — على الفقه الغربى وحقق سبقاً بعيداً بالقياس إليه . ولكن ما الحكم لو أن الفضاء لم يعل دولة وإنما علا البحر الحر مثلاً ؟ لقد اهتمت الدول بذلك ووضع الوفاق الخاص بالنقل الدولى ، ويتضمن الحريات الخمس ، وقد وقعت عليه قلة من الدول . والحريات الخمس إلى جانب الحريتين السالفتين : هى : (١) إنزال بضائع أجنبية يكون أصلها من الدول التي تتبعها الطائرة — في إقليم دولة أجنبية . (٢) حمل بضائع من دولة أجنبية إلى الدولة التي تتبعها الطائرة وحمل أشخاص وبريد وبضائع بين دولتين أجنبيتين .

وقد صاغ المؤتمر بجانب هذين الوفاقين — اتفاقاً بشأن الطيران المدنى يرسى أسساً عامة لقانون الجو الدولى كما يقيم منتظماً دولياً للطيران المدنى . هذا إلى جانب ماحواه من قوانين لتشغيل الطائرات وطاقتها وقواعد تتعلق بالصحة والسلامة وتوجيهات عما يتبع في شئون الجمارك والهجرة والملاحة .

ويبدو أن حرية الطيران وحق الحمل والإنزال بين دولة العلم ودولة أجنبية لم يمثل عقبة في الواقع . وقد رسم له وفاق شيكاغو إطاراً سليماً ينظم تلك الحرية . أما حرية النقل بين دولتين أجنبيتين فإن الدول تلجأ عادة بالنسبة لها إلى إبرام وفيات خاصة . وتتضمن كثير من الوفيات الخاصة ما يسمى بمبادئ برمودا ، وأهم سمات تلك المبادئ هى :

- (١) يجب ألا تفيض القدرة على حاحنة النقل التي تخدم .
- (٢) تقدم حرية النقل من بلد الناقل إلى دولة غير والعكس على حرية النقل بين دولتين من الغير .
- (٣) الاعتراف بضرورة حرية التحرك بين دولتين من الغير .
- (٤) لا يسمح بتحديد القدرة مقدما ، وإنما تحدد بعد فترة من التشغيل وعلى أساس الواقع .

أما حق المرور البريء — أى الجوى الذى تتوافر فيه أوصاف البراءة — فلم يستقر بعد فى القانون الجوى الدولى ، ولعله الآن فى دور التكوين .

والغالب فى العمل الدولى أن تخضع الطائرة — اثناء طيرانها فى جو دولة غير — لقانون دولة الجنسية كما تخضع كذلك لقانون دولة الفضاء الجوى الذى حصل فيه التصرف أو وقعت فيه الحادثة . ويعتمد الفصل فى أى القانونين هو الذى يطبق فى الحادثة على المكان الذى تهبط فيه الطائرة . كذلك تخضع الطائرة لما تضعه الدولة من لوائح وتعليمات بشأن المرور فى أجوائها .

وقد أثار اختراق الطائرات الأجنبية للنطاق الجوى عدة منازعات وادعاءات بين الدول . إن مبدأ السيادة الخالصة للدول على أجوائها يخول الدولة صاحبة الإقليم الحق فى أن تختار — إذا ما اخترقت أجواؤها — بين عدة تصرفات . إنها بالخيار بين أن تتجاهل الواقعة أو أن تحاول تحطيم الطائرة اثناء اختراقها لأجوائها أو أن تجبرها على الهبوط أو أن تغادر إقليمها .

إن ما قدمت فى السطور السابقة بشأن حق المرور البريء واختراق الطائرات الأجنبية للنطاق الجوى هو مما يمكن أن تتأمل فى عمومياته النظريتان الإسلامية والغربية .

باب ملحق فى تلوث البيئة

« ظهر الفساد فى البر والبحر بما كسبت أيدى الناس ليزيقهم بعض
الذى عملوا لعلهم يرجعون » .
صدق الله العظيم (الروم / ٤٠)

دهليز إلى البحث : التلوث في النظرية المعاصرة :

لا مرء في أن تطور التقانة في هذا القرن قد فتح النشاط الإنساني على مجالات عدلت من أنماط الحياة وبدلت سلوك الناس . وبدهي إزاء هذا التغير الشامل ألا يتف القانون مكتوف اليدين أو يتقاعس عن المواءمة بين أحكامه وبين مستحدثات الأمور ولذا فإن الحقائق تشهد بأن كل مرحلة من مراحل التطور التقاني خلقت معقباتها على النظام القانوني بشقيه — الوطني والدولي . ولعل من أبرز ماواجه القانون من المشكلات مشكلة استفحلت بسبب التقانة الحديثة تلك هي ماياكب التقانة من تلوث البيئة ويعرض الحياة البشرية لأفدح الأخطار . ومحادثة تشرنوبيل — في الاتحاد السوفيتي — عنا ببعيدة .

وبدهي أن التلوث مشكلة تناجز البيئة في كافة صورها : برية وبحرية وجوية . بيد أن الجماعة الدولية المعاصرة رأت لحكمة ما أن تصرف جل جهودها في مكافحة التلوث إلى البيئة البحرية .

ومنطقي ونحن بصدد حماية البيئة البحرية أن نتساءل عن المقصود بتلوث تلك البيئة . إن الشائع في تعريف التلوث البحري هو أنه يعني « ادخال الإنسان بصورة مباشرة أو غير مباشرة في البيئة البحرية — بما في ذلك مصبات الانهار — لمواد أو طاقة تنجم عنها آثار مؤذية مثل الإضرار بالموارد الحية وتعريض الصحة البشرية للأخطار وإعاقة أوجه النشاط البحري بما في ذلك صيد الأسماك والاستخدامات الأخرى المشروعة للبحار ، والخط من نوعية مياه البحر وقابليتها للاستعمال ، وخفض إمكانات استخدام وسائل الترويح .» ولكن هذا الشائع ليس هو المجمع عليه ، ولذا اختارت اتفاقية خليج مونتيجو أن تعزف عن تعريف التلوث وأن تقنع بتعداد مصادره . وقد حصرت الاتفاقية تلك المصادر فيما يلي :

- (١) التلوث من مصادز في البر .
- (٢) التلوث الناشئ عن أوجه نشاط تخص قاع البحر .
- (٣) التلوث الناشئ عن أوجه نشاط في المنطقة .

(٤) التلوث عن طريق الإغراق .

(٥) التلوث من السفن .

(٦) التلوث من الجو أو من خلاله .

وتهتم الجماعة الدولية بالتلوث البحري اهتماما واضحا ، الأمر الذى تشيد به أحكام اتفاقية خليج مونتيجو . فهى تنص فى م ١٣٧ على مايلى :

« (١) لا يخلل هذا الجزء بالالتزامات المحددة التى تتحملها الدولة بموجب الاتفاقيات والاتفاقات الخاصة المبرمة فى وقت سابق والتى تتصل بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها أو بالاتفاقات التى قد تبرم تعزيزا للمبادئ العامة الواردة فى هذه الاتفاقية .

(٢) ينبغى تنفيذ الالتزامات المحددة التى تتحملها الدول بموجب الاتفاقيات الخاصة ، فيما يتعلق بالبيئة البحرية والحفاظ عليها على نحو يتماشى مع المبادئ والأهداف العامة لهذه الاتفاقية .

وهكذا نرى أن الاتفاقية جعلت من مبادئها نوعا من النظام العام الدولى الذى يحكم نشاط الدول فى حماية البيئة البحرية حرصا منها على أن تفرض على الدول قدرا أدنى من الالتزام والعناية .

والمستقرىء لأوجه النشاط الدولى المعاصر يجد أن الدول تضع فى مقدمة المخاطر التى تهدد البيئة مخاطر التلوث بالزيت والمزيج الزيتى والمواد المشعة ، ويستبين ذلك من المعاهدات التى أبرمت والمؤتمرات التى عقدت . بيد أن الأمر لم يقتصر على التلوث بالزيت والمواد المشعة فهناك مواد أخرى لها خطورتها على البيئة البحرية ، وقد عددها بعض الخبراء فى عشر هى : الصرف الصحى المنزلى ، والطحالب ، والنفايات غير العضوية بما فى ذلك المعادن الثقيلة ، والبتروكيماويات ، والكيماويات العضوية ، والنفايات العضوية بما فى ذلك نفايات اللباب ، والنفايات العسكرية ، والحرارة ، والمطهرات والمواد الصلبة ، وبقايا الحفارات والنفايات الخاملة .

يبد أننا لا نستطيع أن نزع أن الجماعة الدولية قد بلغت مرامها في حماية البيئة .

البيئة والبيئة في النظرية الإسلامية :

أود بآء ذى بدء أن أوضأ أننى لا أناقش هنا الموضوع من زاويته الدينية التعبدية بوصف أن البيئة والبيئة قدرة من قدرات الله الذى أتقن كل شء صنعا ، ولكنى أناقشه من حيث أن البيئة ظاهرة اجتماعية سخرت لخدمة الإنسان .

خلق الله الإنسان واستعمره فى الأرض وسخر له ما فيها من موارد وثروات « هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها » (هود / ٦١) . ومن ثم فإن الدور الحياتى للإنسان فى هذه الدنيا هو دور الأمين على ما احتوته المعمورة من موارد واستكنته من خيرات . وبدهى أن تلك الأمانة تفرض على الإنسان أن يتغنى فيما آتاه الله عمار الدنيا وخير الناس جميعا ليضمن بذلك نفع الخلق ويؤمن صالح الأجيال القادمة حتى يرث الله الأرض ومن عليها وهو خير الوارثين . ثم إن هذا الواجب يقتضى منه أن يحافظ على موارد الطبيعة كما وكيفا فى حدود قدراته ، وذلك بالامتناع عن إفساد البيئة والحرص على عدم إخراجها عن طبيعتها التى هُيت عليها لتلائم الحياة البشرية وتيسر قرار الإنسان فى الأرض . يقول الرسول ﷺ « إن قامت على أحدكم القيامة وفى يده فسيلة فليغرسها » .

وقد شاءت حكمة الله فى خلقه أن يقيم توازنا بين المخلوقات ويرتب تكاملا بين الكونيات وذلك هو مانعبر عنه اليوم باصطلاح « البيوء Ecology » . قال عز من قائل « إنا كل شء خلقناه بقدر » (القمر / ٤٩) . وقال تعالى « وكل شء عنده بمقدار » (الرعد / ٨) . وقال سبحانه « وأنبتنا فيها من كل شء موزون » (الحجر / ١٩) . ولا جدل أن الإنسان فى حياته ضمن هذه البيئة يشكل عنصرا من عناصرها إلى جانب الحيوان والنبات والجماد ولكنه عنصر يتميز بالإرادة والعقل المدرك . ومن ثم كان هو العنصر المسئول عن

الحفاظ على العناصر الأخرى « ان في ذلك آيات لأولى النهى » (طه / ١٢٨) .

وهكذا نتبى إلى أن المحافظة على البيئة وعدم الإخلال بالتبؤ هو — من حيث المبدأ — حكم من أحكام النظرية الإسلامية ، بل قد يكون شعبة من شعب الإيمان فالرسول ﷺ يقول « الإيمان سبع وسبعون شعبة أعلاها شهادة لا الا الله وأدناها إمطة الأذى عن الطريق » . ذلك أن إمطة الأذى عن الطريق صورة من صور منع التلوث وهى بذلك رمز للمدرك العام في منع التلوث (راجع بحثا موجزا في هذا الموضوع قدمته مجموعة من الاساتذة السعوديين كنشرة مشتركة للاتحاد الدولى لصون الطبيعة والموارد الطبيعية ومصلحة الأرصاد وحماية البيئة بالمملكة العربية السعودية سنة ١٩٨٣) .

حكم التلوث في النظرية الإسلامية :

لعل التعرف على أحكام التلوث يقتضى أن نمهد له بمحاولة تحديد مفهوم التلوث في النظرية الإسلامية وتحديد مفهوم التلوث في النظرية الإسلامية يمكن أن يتوفر عن طريق استعراض الدور الذى تقوم به العناصر الرئيسة في البيئة المحيطة بالإنسان ، لأن هذا الدور هو الذى يعين على التعرف على ما يعد تلوثا ضارا تجب مقاومته والحرص على تلافيه حفاظا على البيئة وحماية لها من التلوث . إن التلوث في النظرية الإسلامية هو التلوث الذى يعطل العنصر عن أداء وظيفته الحيوية والاجتماعية بإهداره أو تلويثه ، وذلك استنادا إلى القاعدة الفقهية « ما أدى إلى الحرام فهو حرام » .

إن العناصر الرئيسة في البيئة المحيطة بالإنسان هى : الماء والهواء والنبات والحيوان ، ولذا أستعرض دور كل عنصر من تلك العناصر عنصرا بعد آخر وتبعا بيان مايعتبر تلوثا له محرما .

أ — الماء :

جعل الله الماء أصل الحياة ومنشأها « وجعلنا من الماء كل شىء حى »

(الأنبياء / ٣٠) فيه تحيا الأرض « وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها » ، (البقرة / ١٦٤) ، وينبت الزرع « وهو الذى أنزل من السماء ماء فأخرجنا به نبات كل شيء » (الانعام / ٩٩) . ويتطهر البدن والملبس « وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم » (الانفال / ١١) ، ويجرى عليه الفلك وتتوفر الحياة للكائنات البحرية « وهو الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وترى الفلك فيه مواخر لتبتغوا من فضله » (فاطر / ١٢) .

وهكذا فإن على الإنسان واجبا يقتضيه أن يحول دون تلوث الماء وتعطيله عن أداء دوره الحيوى . ولا يتحقق ذلك إلا بحماية البيئة المائية مما يجعلها قاصرة عن أن تحيى الأرض وتنبت الزرع وتطهر الإنسان وتجري الفلك وتحتضن الحيوانات البحرية .

ب — الهواء :

الهواء مصدر آخر من مصادر استمرار الحياة فمنه نستمد الأكسجين ، وهو وسيلة من وسائل التلقيح « وأرسلنا الرياح لواقح » (الحجر / ٢٢) . وهو الذى يزجى الفلك « إن يشأ يسكن الرياح فيظللن رواكد على ظهره » (الشورى / ٣٣) .

ومن ثم فإن الإنسان — فى حكم النظرية الإسلامية — مسئول عن الابقاء على الهواء نقيا خالصا غير ملوث على يجعله يحقق وظائفه التى اسلفتها .

ج — النبات والحيوان :

لا جدل فى أن النبات والحيوان مسخر لخدمة الإنسان ولذا فإن على الإنسان أن يستخدمه فيما خلق له وألا يسئ الانتفاع به على نحو يتخطى مرتبة الحرص على توفير الظروف المعيشية المناسبة . فلا يجوز مثلا العمل على أو الإهمال فى ما يترتب عليه استئصال جنس نبات أو حيوان ، أو الإفراط فى تلويثه

بالزيت تلوثا يهدد الحياة البحرية . فإن فعل ذلك فقد ألقى فعلا محرما لأنه يستلب البيئة مقومات الدور المعيشي الذى سخرت له .

وإن كانت مصلحة الناس هى الغاية من حماية البيئة ضد التلوث الضار فإن نشاط حماية البيئة يجب أن يستهدف وقاية الإنسان من التأثيرات التى قد يتعرض لها بسبب عوامل خارجية . ومن هنا كان محرما مثلا على المرء أن يزرع نبات الحشيشة لأنه ضار بالإنسان ، كما كان لزاما التصرف فى المواد الكيماوية والنفايات والعوادم وما إلى ذلك على نحو يبعد مخاطرها عن الإنسان ، وهكذا .

إن حماية البيئة من التلوث حرصا على صالح الناس لا يعنى الاستغناء عن المواد الضارة كلية وإنما يقصد إلى عدم تجاوز معدلات الأمان فى استخدام تلك الموارد طواعية للقاعدة الفقهية « درء المفسد مقدم على جلب المنافع » . وإلا وجب إزالة الضرر على نحو يتماشى مع القاعدة الأصولية لإزالة الضرر بمثله أو بضرر أكبر منه . فإن استحالة ذلك وجب الاستغناء عن تلك المواد الضارة قدر المستطاع واتخاذ الوقاية اللازمة ضد ما يهدد البشر من مخاطرها أخذًا بالقاعدة الفقهية « يختار أهون الشرين » . والمثل يوضح ما أقول : إن المبيدات الحشرية هى من المواد الضارة ولكن هناك حاجة إلى استخدامها لإبادة الهوام الضارة . ومن ثم فإن استخدامها يجب ألا يصل إلى حد تلويث البيئة وتهديد الحياة البشرية لأن القاعدة الأصولية تقول « لا ضرر ولا ضرار » . وهكذا الأمر بالنسبة للمواد الأخرى مثل المواد المشعة والمخدرات والمسكرات .

وإذن فتلويث البيئة هو تعطيل للموارد الطبيعية وإتلاف للدور الذى خلقت من أجله فإن كان ذلك دون مبرر مشروع فهو تلويث محرم لأنه يدخل فى حكم الإفساد فى الأرض « ولا تفسدوا فى الأرض بعد اصلاحها » (الأعراف / ٥٦) . وهكذا نجد أن النظرية الإسلامية لا تقتصر على تحريم التلوث البحرى بل تحارب كل صور التلوث البرية والبحرية والجوية وتتطلب من الدول أن تبذل الجهد الكافى على المستويين — الوطنى والدولى — لحماية البيئة . عموما من التلوث سواء باتخاذ الاجراءات الوقائية أم بإبرام الاتفاقات الجماعية .

ويطيب لى أن أختتم الكلام عن التلوث فى النظرية الإسلامية برأى الخاص الذى انتهت فيه إلى أن الاتجاهات الدولية المعاصرة فى شأن حماية البيئة من التلوث — سواء كانت واقعية أم تعاقدية — تعتبر فى نظرى جزءا من شرح النظرية الإسلامية فى هذا الخصوص لأنها اتجاهات تدرأ المفاصد وليس فيها مايعارض نصا فى القرآن أو الحديث ومن ثم فما هو قائم حاليا من معاهدات بشأن حماية البيئة يمكن أن يندرج ضمن أحكام النظرية الإسلامية فى محاربة التلوث . وهكذا نجد أن احكام حماية البيئة من التلوث هى من المجالات التى تتكامل فيها أحكام النظريتين : الإسلامية والمعاصرة .

وتحدونى الرغبة فى الإيجاز — التى هى ديدن هذه الدراسة — إلى الإمساك عن الإفاضة فى موضوع يمكن أن يستغرق دراسة واسعة ، ولذا اجتريء بما قدمت وفاء بالغرض « وإذا تولى سعى فى الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد » (البقرة / ٢٠٥) .

صورة خاصة من التلوث : مطر السوء (المطر الحامضى) :

يرجع وجود الحموضة فى الجو إلى توافر ايونات الهيدروجين . والواقع أن المطر الذى ينزل من المعصرات ليس دائما ماء خالصا فهو يحمل من السحاب ماقد يعلقبه من جزئيات صلبة ، كما تتأثر الحموضة بتوافر مواد أخرى مثل التراب والمخلفات وغازات أخرى تصدر عن مصادر طبيعية مثل البراكين وحرق الغابات . كل هذا يمكن أن يشحن السحاب بتركيزات تتراكم ويكون لها تأثيرها على التبيؤ المائى . ولذا فإن ما يعلقب بالمطر من مواد قد يكون له اثره الطيب أو السىء على التربة وماينجم بها من زراعات . وهذا قد ينتقل عبر السحاب من دولة إلى أخرى .

والحق أن احكام القانون الدولى المعاصر فى شأن التلوث الذى يعبر الحدود من دولة إلى دولة لازالت فجوة ولا سيما فيما يتعلق بالمطر الحامضى . وكل مايمكن أن نشير اليه من وفاقاات دولية فى هذا الخصوص انما يتناول المشكلة تناولا عاما ضمن تصورات أشمل وأحكام أعم ، حال تصريح ستكلهم سنة

١٩٧٢ . ولذا فإننا نلجأ عادة للمبادئ العامة كى نقيم عليها الحكم المناسب لهذا النوع من التلوث مثل الالتزام العام بالحرص والعناية الذى يجب أن تراعيه الدول فى تصرفاتها لا سيما تلك التى يمكن أن تمس مصالح غيرها من الدول وهو التزام تسأل عنه الدول بناء على ماتمارسه من سيادة على اقليمها . كذلك مبدأ حسن الجوار الذى يقتضى ان تتوخى الدولة اعتبار الود والمجاملة حيال الدول المجاورة وألا تسمح بأن يستخدم اقليمها على نحو يضر بجيرانها . وقد اعتمدت محكمة التحكيم ذلك المبدأ فى قضية Smelter بين كندا والولايات المتحدة حيث عبر التلوث من الاجواء الكندية إلى الإقليم الأمريكى . هذا فضلا على مبدأ التضامن والقسط الذى يفرض على الدولة أن تمتنع مسبقا عما يمكن أن يتسبب فى التلوث فور امكانها وعدم التراخى فى اعلام الدول المعنية باحتمالات تعرضها للتلوث من هذا القبيل والتشاور والتعاون فى شأنه ، كما لا ننسى فى هذا الخصوص مبدأ التعسف فى استعمال الحق الذى يقتضى أن تستهدف حسن النية فيما نأتيه من تصرفات حيال الغير .

والطريف أن القرآن الكريم لم يستخدم لفظة المطر الا وهى مقترنة بالسوء أما المطر الخير فقد عبر عنه الكتاب العظيم بلفظة الماء فحسب . ومن ثم فإن المطر — فى تعبير التنزيل الحكيم — قد يكون بغير الماء كقوله تعالى « وأمطرنا عليهم حجارة من سجيل منضود » (هود / ٨٢) . ولذا عنونت البحث بعنوان « المطر السيء » . « وأمطرنا عليهم مطرا فساء مطر المنذرين » (الشعراء / ٧٣) . « ولقد أتوا على القرية التى أمطرت مطر السوء » (الفرقان / ٤٠) .

واجراء المطر بداهة هى قدرة من قدرات الله « وأمطرنا عليهم مطرا فأنظر . كيف كان عاقبة المجرمين » (الاعراف / ٨٤) .

إن قصدى من الاستشهاد بالآيات الكريمة السالفة هو اثبات الحقائق التالية :

- ١ — قد يكون المطر ماء وقد يكون غير ماء أو قد يكون الاثنين معا فإن كان ماء فإنه قد يكون الماء الذى جعل الله منه كل شيء حيا ، هذا يسميه القرآن «ماء» فحسب وقد يكون ماء ملوثا وهذا هو ماء السوء .
- ٢ — يعود سوء المطر إلى وجود عناصر تلوث الماء لانه لو كان ماء غير ملوث لاندرج تحت حكم الماء الطهور الذى يحى به الله كل شيء ، أو عناصر ليست بماء لان نزول غير الماء من السماء فى هيئة مطر لا يرتب الا الاذى لاهل الارض .

ومن ثم فإننى انتهت من ذلك إلى أن تصور المطر الحامضى — بوصف انه ماء ملوث أو هو شيء غير الماء — هو من التصورات التى يمكن أن تندرج تحت المفهوم القرآنى للمطر السئ . وأن مطر السوء هذا انما يصيب القوم بأضرار بالغة يصل سؤوها إلى حد أنها قد تكون نوعا من الجذاب الإلهى . وهكذا فإن القرآن الكريم قد عرض منذ خمسة عشر قرنا لصورة عامة يمكن أن تنصرف فى بعض جزئياتها إلى ما نطلق عليه اليوم مطر السوء الحامضى .

يبد أن القرآن الكريم عرض هذه الظاهرة الطبيعية على انها قد تقع بالقوم كعقاب الهى ونحن هنا نبحث فى الظاهرة كحقيقة زمنية والحقائق الزمنية ايضا فى مفهوم القرآن قد تكون آيات يقربها الله للناس حتى يعلموا انه الحق فهى واقع أو مثل فى صورة واقع . وهنا استخدمت الآيات ما تضمنته معنى الإصابة بالأضرار .

ان المطر السئ قد يكون سببا باراده الهية مباشرة دون تدخل بشرى أى دون أن يجعل الله للنشاط البشرى دورا مباشرا فى تلويث المطر وهذا فرض لا اجتهاد ولا أناقشه لأن هذا مما يدخل فى ظواهر ماوراء الطبيعة التى لا رقابة للقانون عليها ولا حساب له فيها . وقد يكون سوء المطر بفعل البشر وعندئذ يتدخل القانون لترتيب المسؤولية على الدولة المتسببة فى التلوث طبقا لشروط المسؤولية اى حدوث الفعل غير المشروع وتحقق الضرر وقيام علاقة سببية بين الفعل والضرر ولا يهم هنا ان كان الله قد سخر الدولة المسؤولة لايقاع الضرر

بالدولة المتضررة أم ان الله تعالى حكمة من وراء ذلك لان القانون يحكم على الظاهر والله يتولى مافى الكون من سرائر فلو أن شخصا قتل آخر فإنه انما نهى حياته فى اللحظة التى قدر الله للقتيل أن يموت ولكن المحكمة لن تعفى القاتل من المسئولية على اساس ان اجل الإنسان هو من قدرات الله وأسراره . وهكذا الامر فى المطر السيء أو الملوث فانه يقيم المسئولية مادام ان التلوث قد حصل بفعل مباشر من الدولة المسئولة لان هذا بما يدخل فى حكم افساد الارض ، وقد نهى الله تعالى عن ذلك « ولا تعثوا فى الأرض مفسدين » (البقرة / ٦٠) « ولا تبغ الفساد فى الأرض ان الله لا يحب المفسدين » (القصص / ٧٧) . ومن ثم فإن الدولة التى تسبب فى تلويث السحاب الذى أزهاه الله مطرا ضارا فى بلد آخر انما تسأل عن معقبات ذلك الضرر وهى مسئولية موضوعية ، كما قلت ، تبنى على علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر . فلما رأوه عارضا مستقبل أوديتهم قالوا هذا عارض ممطرنا بل هو ما استعجلتم به ريح فيها عذاب أليم » (الأحقاف / ٢٤) .

« ونزعنا مافى صدورهم من غل تجرى من تحتهم الأنهار وقالوا الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله لقد جاءت رسل ربنا بالحق ونودوا أن تلكم الجنة أورثتموها بما كنتم تعملون » .

قرآن كريم
صدق الله العظيم

